수사기관의 신체에 대한 수사 및 그 적법성 판단 기준에 관한 고찰

권 창 국*

Ⅰ. 序 論

최근 수사방법의 과학화 등에 힘입어 혈액 등, 기타 채액 이나 머리카락, 피부조직 또는 사람의 신체 일부 또는 전부를 대상으로 하는 수사기관의 각종 임의 또는 강제처분이 이루어지고 있는 것이 현실이다. 이러한 수사방법은 자백 등의 진술증거에 의존하는 종래의 수사방법을 탈피하여 각종 위법수사 시비를 사전에 제거한다는 점에서 바람직한 측면이 있음은 부인할 수 없을 것이다. 그러나 동시에 이전에 생각할 수 없었던 새로운 유형의 문제점을 야기하고 있음도 주목할만한 사실이다.

통상, 수사기관은 피의자 등의 신체에 대하여 임의 및 강제수사를 실행하는 경우가 많다 흔히 피의자 등의 신원을 확인·특정하기 위한 지문, 사진촬영, 족형, 신장 등의 채취, 마약사범이나 음주운전 등의 단속과정에서 볼 수 있듯이 소변이나 혈액의 채취 등은 그 좋은 예라고 할 수 있다. 또한 수사기관은 유치장의 안전확보 등을 위하여, 아니면 수사를 위한 증거확보를 위하여든, 그 목적에 따라 다르겠지만, 구속피의자, 피고인 등에 대하여 신체검사 및 지문채취 등을 특별한 영장없이 강제적으로 행하는 경우가 많다. 그런데, 이러한 신체와 관련한 수사기관의 각종 처분은 피의자

* 서남대학교 사회과학부 경찰행정학과 전임강사

등의 신체와 직접 관련을 갖음으로서 피의자의 가장 중요한 기본권의 하나인 생명권, 신체의 자유 및 인격권과 밀접한 상관성을 갖음으로 그 적법성 판단문제는 매우 중요하다고 볼 수 있다. 반면에, 그 적법성을 판단함에 있어서 그 한계를 설정하기 어려운 경우가 많다. 이 점은 약물범죄, 피의자 등의 동일성판단이 문제되는 사건과 관계하여 혈액, 소변 등의 채액채취, X-Ray촬영이나 구강, 요도 및 항문 등의 체강검사 등 특별한 명문의 규정이 없지만, 신속하게 실시되어야 증거확보가 용이한 사례군이나 수사과정에서 빈번하게 이루어지는 유치장 입감 시의 신체검사 등을 상정하면 쉽게 알 수 있다.

이 문제에 대한 논의의 출발은 강제수사와 임의수사의 구별, 강제수사법정주의와 영장주의를 어떻게 이해하는가라는 점에서 시작되어야 하겠다. 자세한 내용은 후술되겠지만, 출발점을 어떻게 위치시키는가에 따라서 결론이 달라질 수 있기 때문이다.

여기서는 수사기관의 신체와 관련된 수사상 각종 처분의 요건・적법성 판단에 대하여 자세히 살펴보기로 하되 먼저 임의 및 강제수사의 구별과 강제수사법정주의와 영장주의 관계에 대하여 검토하는 것으로 시작한다.

Ⅱ. 搜査方法의 分類・統制와 身體에 대한 각종 處分의 關係

1. 傳統的 搜査方法의 分類와 統制

기존의 수사상 각종 처분에 대하여는 대체로 다음과 같은 도식에 의하여 분류 및 적법성 통제가 강구되어졌다. 우선, 수사의 일반적 조건으로

필요성과 상당성을 제시하고, 다시 수사방법을 임의수사와 강제수사로 분류한 뒤에, 강제수사는 엄격한 영장주의 및 강제수사법정주의에 의하여 통제하는 방식이 그것이다. 이러한 논리는 임의수사의 경우는 침해적 요소(다만, 침해의 대상, 성질 등에 따라 임의수사, 강제수사의 구별방법도 다양성을 갖는다)가 적은 반면, 강제수사의 경우는 강력한 침해적 요소를 갖고 있는데 임의수사의 경우는 일반적인 수사조건론에 비추어 통제해도 무방하지만, 강제수사의 경우는 그 외에도 강제수사법정주의에 따라 개별적인 법적 근거를 갖아야 하고, 또한 영장주의에 연결하여 법관에 의하여 사전적 통제를 요구하고 있다. 문제는 이러한 수사방법의 분류와 통제에 관한 메카니즘이 수사기법의 다양화, 과학화와 더불어 정상적인 기능을 발휘하기 힘든 경우가 발생하였다는 점이다.

가령, 경찰의 다중범죄진압(예, 시위)과정에서 채증요원에 의한 사진촬영이 이루어지는 경우 이를 임의수사로 볼 것인가, 아니면 강제수사로 볼 것인가? 상황에 따라서 판단하기 어려운 경우가 많다. 나아가, 이러한 유형의 불분명성은 만일 강제수사라면, 어떠한 법적 근거(강제수사법정주의) 그리고, 영장이 필요하다면 어떠한 영장(영장주의)이 필요한가라는 문제와 연계되어서 더욱 혼동스러워 진다. 이는 신체에 대한 수사, 예를 들어, 혈액 등의 채액채취, 신체의 전부 또는 일부의 검사, 신체조직일부를 증거물로서 확보할 필요성이 발생하는 경우에도 마찬가지임을 알 수 있다. 임의 및 강제수사의 구별에 있어서, 형식설과 실질설, 적정절차설로 구별하고, 실질설은 다시, 물리적 강제력설, 의무부여설, 권리침해설(기본권침해설) 등으로 세분되어 주장되고 있지만, 현재, 권리침해설 내지는 적정절차설로 대강 의견이 합치하고 있다.[1)]

---

1) 이재상, 형사소송법 제5판(서울 : 박영사, 2001), 198-199면: 신동운, 형사소송법(서울 : 법문사, 1994), 75면; 배종대・이상돈, 형사소송법 제2판(서울 : 홍문사, 1998), 201면 이하; 신양균, 형사소송법(서울 : 법문사, 2000), 112-114면.: 白取祐司, 刑事訴訟法(東京 : 日本評論社, 2000), 97頁 以下: 田口守一, 刑事訴訟法 弟3版(東京 : 弘文堂, 2001), 36頁 以

다만, 권리침해설은 수사대상자를 기준으로 그가 받는 권리침해 여부에 따라 판단하는 방범이라 할 수 있고, 적정절차설은 수사대상자가 받는 권리침해도 판별기준이 될 수 있으나, 권리침해여부를 떠나서 헌법이 규정하는 적정절차원리에 비추어, 판단하는 방법을 말한다. 두 견해의 차이는 권리침해설과 달리 적정절차설에 따르게 되면, 임의수사에 있어서도 강제력을 사용할 수 있는 논리적 근거를 제시할 수 있게 되고, 강제수사의 영역에 있어서도 후술하게 될 강제수사법정주의 및 영장주의를 그다지 강력하게 관철하지 않아도 좋을 경우를 상정할 수 있는 부분을 설명할 수 있다는 점에 있다. 어찌 되었건, 두 가지 견해 모두 수사방법의 다양화에 따라 보다 엄격한 통제가 이루어는 강제수사의 영역을 합리적인 범위로 넓힘으로 국민의 기본권을 강하게 보장할 수 있는 점에서 기본적으로 타당한 맥락을 갖는다. 그러나, 권리침해설은 임의수사에 있어서의 강제력사용을 전적으로 배제하는 등, 수사에 있어서 합리적 범위내에서의 탄력성부여를 고려할 여지를 제거한다는 점에서 현실성이 다소 떨어진다고 할 수 있다. 따라서 적정절차설이 보다 타당한 견해라고 생각된다.[2)]

그러나, 문제되는 수사방법이 강제수사라면, 강제수사법정주의 및 영장주의에 의한 통제가 고려되어야 하는데, 여기서 몇 가지 어려움이 야기된다. 그것은 첫 번째, 새롭게 등장하는 각종 수사방법에 대한 직접적 근거규정을 찾기가 어렵다는 점, 두 번째, 설사 근거규정을 확보하였다고 하여도 강제수사에 대하여 관철되고 있는 영장주의와 관련하여 어떠한 영장에

下, 田口 교수의 경우는 처분하는 측의 처분수단을 기준으로 하는 설(물리적 강제력설에 해당), 피처분자를 기준으로 ① 권리침해범위에 한정을 두는 설(증대한 권리침해의 경우에 한정하여 강제수사, 처분이라고 하는 견해)과 ② 한정을 두지 않는 설(권리침해설에 해당)로 나누어 설명하고 있다. ②설은 위 본문의 적정절차설과 사실상 그 의미를 같이 한다고 평가할 수 있다.

2) 신동운 교수가 임의 · 강제수사의 구별에 대하여, 이와 같은 견해를 취하는 것으로 판단된다. 신동운, 전게서, 76면 참조; 만면, 白取 교수는 강제수사법정주의와 영장주의의 근본적 의미를 퇴색시킬 수 있다는 점에서 이에 반대하는 견해를 취하고 있다. 白取, 前揭書, 81頁 및 102頁 참조.

의하여 통제할 것인지가 분명하지 않다는 점이다. 여기서 신체에 대한 수사기관의(법원의 처분도 마찬가지이다) 각종 처분의 요건과 적법성 통제의 직접적인 어려움이 시작된다.

2. 强制搜査法定主義 및 令狀主義에 대한 새로운 理解

위에서 지적한 난점을 해결하기 위한 시도로서 최근 강제수사법정주의 및 영장주의에 대하여 새로운 이해가 시도되고 있다. 일단 임의수사 및 강제수사의 구별과 관련하여, 적정절차설이 타당하다는 점은 부인할 수 없다.적정절차설을 통하여 새로운 유형의 수사방법에 대하여 강제수사로의 포섭영역을 적절히 확장할 수 있기 때문이다. 문제는 강제수사로 파악된 수사방법에 대하여 강제수사법정주의 및 영장주의를 어떻게 적용시키는가이다.

이와 관련하여 다음과 같은 견해가 제시되고 있다. 첫 번째로, 강제수사법정주의 및 영장주의를 불가분적 상관관계 속에서 엄격히 해석하여 채뇨, 채혈 등 신체에 대한 수사기관의 수사상 처분과 같은 새로운 유형의 수사방법은 직접적인 근거규정이 없고. 따라서 적용될 영장규정도 없으므로 허용될 수 없다는 견해이다.[3)]

무분별한 유추, 화장해석에서 발생할 수 있는 강제수사법정주의 및 영장주의원칙이 형해화(形骸化) 되는 것을 차단하여, 보다 철저히 인권이 보장될 수 있다는 점을 주된 논거로 삼는다. 두 번째로, 강제수사법정주의와 영장주의를 불가분의 상관관계속에서 이해할 필요는 없으며, 강제수사에 있어서 법정(法定)의 의미도 형식적으로 이해할 이유는 없다는 점을 강조하는 견해가 제시되고 있다. 이를 헌법상의 강제처분설이라고도 한다.[4)]

---

3) 白取祐司. 前揭書. 102頁, 白取 교수는 사진촬영과 관련하여 이러한 논리를 전개하고 있다.
4) 白取祐司, 前揭書, 101頁: 田官裕, 搜査の構造(東京 : 有斐閣, 1978), 259頁.

이 견해는 강제 및 임의수사의 구별과 관련하여 적정절차설에 바탕으로 강제수사방법과 관련하여 반드시 직접적인 근거규정을 요구할 필요는 없고, 헌법상의 적정절차원칙(due process)에 비추어 일정한 상당성을 갖추었다고 판단되는 경우에 직접적 근거규정이나 (경우에 따라서는) 영장주의도 관철할 필요없이 (영장주의의 예외를) 널리 허용할 수 있다는 태도를 취한다. 수사의 합목적성이나 현실성을 고려한 견해라 하겠다. 대체로, 한국의 판례[5] 및 일본의 판례가[6] 이러한 태도를 취하는 것으로 판단된다.

세 번째로, 강제수사법정주의와 영장주의를 유연하게 이해한다는 점에서는 위 두 번째 견해와 유사하지만 다소 차이가 있다. 강제수사법정주의를 일반·추상적인 직접적 근거규정으로 한정하여 이해할 것이 아니고, 강제수사방법을 공평한 제3자적 입장을 갖는 법관에 의한 사전(경우에 따라서는 사후적) 심사에 의하여 통제한다는 영장주의로 포섭시켜 이해하는 견해이다.[7]

---

5) 대법원 1999.9.3.선고 99도2317판결, "누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장 · 질서유지 · 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고. 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장없이 이루어 졌다하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다. 기록에 의하면, 이 사건 비디오촬영은 피고인들에 대한 범죄의 혐의가 상당히 포착된 상태에서 그 회합의 증거를 보전하기 위한 필요에서 이루어진 것이고 박경순의 주거지 외부에서 담장 밖과 2층 계단을 통하여 박경순의 집에 출입하는 피고인들의 모습을 촬영한 것으로 그 촬영방법 또한 반드시 상당성이 결여된 것이라고는 할 수 없다 할 것인 바, 위와 같은 사정 아래서 원심이 이 사건 비디오 촬영행위가 위법하지 않다고 판단하고 그로 인하여 취득한 비디오테이프의 증거능력을 인정한 것은 정당하고 거기에 영장없이 촬영한 비디오테이프의 증거능력에 관한 해석을 그르친 잘못이 있다고 할 수 없다"; 대법원 1999.12.7선고 98도3329판결, "무인장비에 의한 제한속도 위반차량 단속은 이러한 수사활동의 일환으로서 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 도로교통법령에 따라 정해진 제한속도를 위반하여 차량을 주행하는 범죄가 현재 행하여지고 있고, 그 범죄의 성질 · 태양으로 보아 긴급하게 증거보전을 할 필요가 있는 상태에서 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법에 의한 것이라고 판단되므로. 이를 통하여 피고인 운전차량의 차량번호 등을 촬영한 이사건 사진을 두고 (영장없이: 필자추가)위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 말할 수도 없다." 참조.

6) 最大判昭44·12·24刑集23-12-1625: 最判昭61·2·14刑集40-1-48.

7) 백형구 변호사는 임의수사, 강제수사 구별에 대하여 영장의 요부라는 목적론적 관점에

이 견해는 헌법상의 적정절차원칙에 따른 상당성평가라는 추상적이고 모호한 기준에 의하여 강제수사를 통제하고 경우에 따라서는 무영장 강제수사방법을 허용할 수 있는 두 번째 견해와는 달리 영장주의를 중립적인 제3자인 법관에 의한 사전적(또는 사후적) 심사에 의하여 확인함으로서 직접적 규정이 없더라도 적절한 법적 통제는 허용될 수 있고, 영장없이 이루어지는 강제수사의 폭을 좁힐 수 있다는 점에서 결정적인 차이가 발생한다. 역시 새로운 수사방법의 개발에 대한 대처, 강제수사법정주의의 실질화, 수사방법에 대한 구체적이고 실질적인 통제의 필요성 등을 그 논거로 제시한다.[8)]

결론적으로, 마지막 세 번째 견해가 타당하다고 생각된다. 그 이유는 다음과 같다. ① 강제수사법정주의를 형식적으로 이해하는 첫 번째 견해의 경우는 사실상 수사의 현실성이나 과학적 수사방법의 도입을 포기, 지연시키는 결과를 가져오게 된다. 과학적 수사방법 등 새로이 개발되는 수사방법은 과거 진술증거확보위주의 수사실무를 개선하여 인권침해의 가능성과 그 폭을 축소시킬 수 있는 일종의 돌파구. 대안이라는 점에서 그 필요성이 높다고 할 수 있다. 이를 외면하는 것은 올바른 이론전개가 아니라고 할 것이다. ② 두 번째 견해인 (임의・강제수사의 구별에 있어서 적정절차설에 바탕한) 헌법적 강제처분설도 문제점이 있다. 새로운 수사방법에 대한 허용성을 전개한다는 점에서는 진일보한 것이지만, 그 통제에 있어서 추상적인 헌법상의 적정절차원칙에 따른 상당성판단에 의한다는 것은 구체적 통제수단을 제공할 수 없다는 문제를 야기한다.[9)]

따라서 강제수사법정주의를 영장주의로 해소하여 법관에 의한 심사를

서 처분의 내용을 구체적으로 관찰하여 임의수사와 강제수사를 구별한다는 견해를 취하는데, 바로 이 세 번째 견해와 일맥상통한다고 할 수 있다. 백형구, "임의수사의 본질과 한계", 고시계, 1982 11월호, 114면.

8) 심희기, 형사소송법의 쟁점(서울 : 삼영사, 2001), 79면 이하.

9) 신양균, 전게서, 113면 참조

통한 구체적 판단에 따른 통제 하에 이를 허용하는 것이 보다 적절한(충실한 인권보장) 결론에 도달할 수 있음을 알 수 있다 ③ 다만, 학설에 따라서는 강제수사방법을 영장주의와 직접적으로 결부시키고 있는 우리 헌법의 태도에 비추어, 이러한 견해는 불가능한 논리전개로 지적하는 경우가 있다. 헌법 제12조 3항 및 제16조 등에서 확인할 수 있듯이, 강제수사법정주의와 함께 강력한 영장주의에 의한 통제를 결부시키고 있기 때문이다.[10]

---

10) 이점에서 미연방헌법의 규정내용과 확연한 차이가 발생한다. 미연방헌법 4조 등을 살펴보면 강제수사법정주의가 우리와 같이 강조되지 않고 영장주의의 경우에도 (적정절차설과 같은)폭넓은 예외를 허용할 수 있는 해석의 여지를 남겨두고 있음을 확인할 수 있다. 반면 한국 및 일본의 헌법규정을 살펴보면, 강제수사법정주의와 영장주의 분리하여 양자를 전혀 별개의 차원에서 강제수사에 대한 통제기제로 이해할 여지가 크다. 권리침해설은 바로 여기서 타당성을 찾을 수 있기도 하다.

(1) 미국

Amendment Ⅳ

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

(2) 일본

헌법31조[법정절차의 보장]

누구라도 법률이 정한 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈 또는 기타 형벌을 부과받지 아니한다.

헌법35조[주거의 불가침]

① 누구라도 그 주거, 서류 및 소지품에 대하여, 침입, 수색 및 압수를 받지 않을 권리는 제33조의 경우를 제외하고는 정당한 이유에 바탕하여 발부되고 나아가 수색할 장소 및 압수할 물건을 명시한 영장이 없다면 침해되지 않는다.

② 수색 또는 압수는 권한있는 사법관헌이 발부한 개별영장에 의하여 이를 행한다.

(3) 한국

제12조

① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

② 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도주 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

제16조

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할

그러나 규정형식의 외형적 특성에 따라, 강제수사법정주의와 영장주의의 관계를 파악한다는 것은 지나친 형식논리라고 생각한다. 즉 영장주의에 좀 더 중심을 두고 강제수사에 대한 통제방법의 논의를 전개하더라도 특별한 지장은 없다고 해석할 수 있을 것이다. 직접적 근거규정이 모호한 경우에도 영장주의를 충분히 관철시킨다면, 강제수사에 대한 법치국가적 통제로서는 적절하다고 판단할 수 있기 때문이다. 이상의 논의를 바탕으로 이하에서는 수사기관이 사람의 신체에 대하여 행하는 각종 처분의 요건과 구체적 통제방법에 한정하여 살펴보도록 하겠다.

Ⅲ. 身體에 대한 각종 搜査處分의 類型

사람의 신체에 대한 수사방법은 ① 신체의 어느 부분에 대한 수사처분인가라는 수사상 처분의 대상과 ② 그 방법이 임의로 이루어진 것인가 여부에 따라 임의 및 강제수사라는 두 가지 범주에 의하여 구별, 유형화하는 것이 현재 우리나라의 통상적인 논의방식이라고 생각한다. 일단 대상에 따라 구별하면, 체내수사와 체외수사로 나누고[11] 체외수사는 다시 신장, 몸무게 검사와 같은 신체 외관에 대한 체표수사 및 비강, 구강, 항문이나 여성의 질내 등에 대한 체강수사로 세분할 수 있다. 또한 체내수사는 보다 세분하면 절개술과 같은 외과적 수술법이 동원되어야 하는 경우와 체액체취나 X-Ray 촬영이나 CT촬영 및 구토제 등의 투여에 의한 토사물의 관찰과 같은 비외과적 수술법에 의한 경우로 나누어 살펴 볼 수 있다.[12]

때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

11) 이러한 유형분류방법에 관해서는 이재상, 전게서, 266면: 차용석, 형사소송법(서울 : 세영사, 1998), 314면, 배종대・이상돈, 전게서, 290면 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法 改訂版(東京 : 青林書院. 1990), 90頁 참조.

12) 신양균 교수는 체내수사를 신체침해(Köperiche Eingriffe)라고 한다. 신체외관에 대한 검사에 그치지 않고 일정한 침해적 요소가 수반되는 점에 착안한 명칭이라 생각한다.

특히, 문제로 되는 것은 체내수사 중, 외과적 수술법이 동원되는 경우이다. 이는 대상자의 건강에 대해 직접적 손상을 유발하여 중대한 기본권 침해를 야기하기 때문이다. 한국의 통설적 입장은 이러한 외과적 수술법에 의한 체내수사는 위법하여 허용할 수 없다는 점에 의견이 일치하는 것으로 판단된다.[13]

반면 체내수사라 하더라도 비외과적 수술법이 사용되는 경우, 특히 체액채취나 구토제의 투여에 의한 토사물의 관찰과 같은 방법에 대해서는 일정한 요건 하에 허용하자는 다수적 견해와[14] 그 반대의 견해가[15] 구별된다.

다음으로 임의・강제수사의 두 가지 형태로 구별하면, 주로 대상자의 사전승낙에 하에 실시되는 임의수사로서의 신체수사와 강제수사로서의 신체수사로 대별할 수 있다.

임의수사에 관하여 그 허용 및 적법성 인정에 관하여는 특별히 문제될 것은 없다. 다만, 외과적 수술법에 의한 체내수사도 대상자의 승낙하에 허용될 수 있는가와 피의자의 특정 또는 동일성 화인을 위한 지문채취, 신장 등의 측정 및 사진촬영 등 승낙이 불분명한 상황하에서 이루어진 경우에 대한 적법성 판단이 문제시 될 수 있다. 반면 강제수사의 경우는 영장주의 원칙과 관련하여 어떤 영장에 의한 처분이 이루어져야 하는가와 영장없이 허용될 수 있는 한계상황이 문제로 된다. 일단 외과적 수술법에 의한 체내수사의 경우는 대상자의 건강을 직접・현저하게 해하는 것으로 대상자의 승낙이 있더라도 수사비례원칙상 허용될 수 없다고 하겠다.[16]

이점에 대하여는 특별한 이론은 없는 듯 하다.

신양균, 전게서, 210면.

13) 이재상, 전게서, 286면; 관련 미국 판례로서 Winston v. Lee 470 U.S.753(1985) 참조.

14) 이재상, 전게서, 286면; 신동운. 전게서, 249면; 백형구, 형사소송법강의(서울 박영사, 1996), 336면.

15) 반대의 견해로 연하물의 검사와 관련하여서는 통상 미연방대법원의 Rochin v. California, 342 U.S. 165(1952)판례를 들고 있다.

16) 이재상, 전게서, 286면.

결국 수사기관의 신체에 대한 수사상 처분을 문제되는 유형으로 정리해 본다면, 대상면에서 허용성과 관련하여 비외과적 수술법에 의한 체내수사, 즉 체액채취나 구토제 등에 의한 연하물확보 등의 허용성이 임의·강제수사라는 기준에서는 강제수사시, 형사소송법 상, 어떤 영장 및 절차에 의할 것인가와 영장없이 허용될 수 있는 상황의 한계선이 어디인가에 논의가 집중된다. 나아가 실무상, 영장없이 이루어지는 피의자 등의 신원(동일성) 확인 및 특정을 위한 지문채취, 사진촬영, 신장, 체중의 측정과 유치장 등의 입감시 흉기검색 등을 위한 신체검사, 특히 대상자를 나체로 하여 검사하거나 체강을 검사하는 것과 같은 강화된 신체검사방법(소위 알몸수색) 등 문제에 집약되고 있는 점을 확인할 수 있다. 이하에서 이러한 점을 중심으로 각각 살펴보겠다.

Ⅳ. 非外科的 手術法의 體內搜査 許容性 및 令狀主義 適用

주로 체액검사, 연하물의 검사, X-Ray 등에 의한 검사와 관련된 문제이다. 먼저 그 허용성에 대하여 살펴보겠다.

1. 許容性 判斷

크게 허용하는 입장의 적극설과 소극설로 대별되고, 우리나라의 경우 소극설을 주장하는 견해는 현재 극히 찾아보기 어렵다. 이 문제는 마약사범, 음주운전과 같은 도로교통법 위반사범 등의 경우와 같이 수사상 극히 필요한 사례군이 있고 소량의 체액채취, 연하물의 확보가 대상자의 건강을 크게 해하는 것은 아니라는 점 등에서 기본적으로 허용하는 입장이 타당하다고 생각한다. 다만 세부적인 허용기준이 문제이다. 먼저 일본 및 미국,

한국의 다수설 내지는 판례의 태도를 살펴보면 다음과 같다.

일본의 경우는 이러한 체액채취. 그 중에서도 강제채뇨와 관련하여 소극적 견해를 제시한 학설(소극설도 강제채혈은 허용하는 견해를 취하기도 한다)[17] 및 하급심판례도[18] 있으나, 최고재판소 및 학설의 다수는 ① 범죄혐의의 상당성, 혐의내용의 중대성, 당해 증거방법취득의 중요성을 고려하여 범죄수사를 위하여 지극히 필요성이 존재하고. ② 보다 침해성이 적은 다른 취득방법이 없으며, ③ 적절한 절차를 경유하되, 그 실시에 있어서 피의자 등의 신체상 안전과 인격에 대한 충분한 배려를 하는 가운데 실시될 수 있다는 적극설[19] 입장에서 이를 허용하고 있다.[20]

미국 판례의 입장도 원칙적으로 이를 허용하되 프라이버시와 신체의 안전이라는 개인적 이익과 수사목적의 달성이라는 사회적 이익간의 비교형량에 의하여 그 허용범위를 판단하고 있다.[21]

우리나라 대법원은 명백하지는 않지만 수사목적을 위한 채액채취 자체는 허용될 수 있다는 입장인 것으로 파악되고,[22] 학설의 경우는 대체로 허용하는 견해를 취하고 있다.[23]

결국 기본적으로 비외과적 수술법이 동원되는 체액채취, 연하물검사 등 비추어 증거확보의 필요성, ② 강제적 취득방법의 보충성유지, ③ 대상자

---

17) 소극설을 취하는 학자들로는 雄本典道, 原田國男, 竹中省吾 등이 있다.

18) 名古屋高判昭和54·2·1判夕383號 156頁 參照.

19) 적극설을 취하는 학자들로는 鈴木義男, 小谷文夫 등이 있다.

20) 最決昭和55·10·23刑集34卷5號 300頁 參照.

21) Breithaupt v. Abram 352 U.S. 432(1957), Schmerber v. California 384 U.S. 757(1966): 이들 사건은 연하물 경사인 Rochin사건과는 달리 혈액채취에 관한 사건인데, 유사한 체액채취에 관한 판례라도 결론을 달리하는 이유는 바로 구체적인 사건별로 이익형량 및 그 방법의 적절성에 대한 심사를 하기 때문이다. 이재상 교수가 그의 교과서에서 Rochin사건을 예로 들어, 미국 판례의 태도가 체액채취(또는 연하물 취득)에 대하여 부정적인 입장에서 판단하고 있다는 근거로 삼는 것은 잘못된 판단이라고 생각한다.

22) 대법원 1999. 9.3.선고 98도968판결 참조.

23) 다만, 신양근 교수는 강제채혈 및 연하물의 채취 등은 일정한 요건하에 허용될 수 있으나, 강제채뇨는 대체적 방법의 존재(예를 들어, 배출을 기다리는 것)가 있는 등의 이유로 허용하지 않는 견해를 취한다. 신양균, 전게서, 210면 이하.

의 신체의 안전과 인격보호를 위한 적절한 절차 하에, 허용되는 것이 미국 및 일본판례의 태도이고, 우리나라의 대법원도 명확한 견해를 제시하고 있지 않지만 일정한 요건하에서라면 허용될 수 있다는 견해를 제시하는 것으로 판단된다. 임의·강제수사의 분류에 있어서 적정절차설에 의한 판단방법으로 생각된다. 남은 문제는 강제수사시의 영장주의의 적용방법과 영장없이 이루어지는 체내수사의 형태에 대한 검토이다.

2. 令狀主義 適用

임의수사의 형태로서의 가능성에 대하여 살펴보면, 위와 같은 체내수사라 하더라도 대상자의 동의 내지 승낙이 있고, 그 시행방법의 적정성만 보장된다면 임의수사의 형태로 가능하다고 본다.[24]

문제는 이러한 승낙이나 동의가 없는 상황에서 사전영장에 의하는 경우에는 어떤 영장에 관한 규정을 적응시킬 것인가와 긴급한 상황 하에서 영장없이 이루어지는 경우에 대한 검토이다.

가. 令狀 必要時 적용 가능한 形態

일본의 논의형태를 살펴보면[25]

① 신체검사영장에 의한다는 견해, ② 감정처분허가장에 의한다는 견해, ③ 양 영장을 병용하여야 한다는 견해, ④ 압수·수색영장에 의한다는 견해가 있다. 신체검사영장에[26] 의한다는 견해는 신체검사는 신체외부검사

---

24) 심희기, 형사소송법판례70선(서울, 홍문사, 2000), 74면.

25) 이하의 서술에 관한 자세한 사항은 中井憲治, "體液の採取", 刑事訴訟法の爭點(新版) ジュリスト 增刊 法律學の爭點シリーズ6, 84-85頁 참조.

26) 일본형사소송법 제218조 참조. 일본의 경우는 신체검사영장이 별도로 규정되어 있으나, 우리의 경우는 그러하지 아니하므로, 특별한 참고점은 없다고 여겨진다.

에 한하지 않고 내부검사도 포함하며, 준용규정에[27] 의한 직접강제도 가능하다는 점을 주요 논거로 든다. 반면 감정허가장에 의한다는 견해는 신체검사는 외부검사에 제한되는 것이고, 신체내부에 대한 검사는 전문적 의학지식이 필요하므로 신체검사영장보다는 감정허가장에 의하는 것이 보다 타당하다는 주장을 전개하고 있다. 이 견해도 직접강제의 필요성으로 인해 신체검사의 직접강제규정이 감정허가장의 경우에도 유추적용 된다고 주장하고 있다. 한편 신체검사영장 및 감정허가장 모두가 필요하다는 견해는 각각의 난점(즉, 신체검사의 경우는 원칙상 외관경사에 한정되어야 한다는 반론과 수사기관의 감정의뢰에 의한 감정허가장에 의하는 경우는 직접강제에 관한 규정이 준용되지 않으므로 발생할 수 있는 직접강제의 미비점에 바탕한 반론)을 동시에 해결하고자 하는 의도라고 할 수 있다. 과거, 일본 경찰수사실무에서는 마지막으로 신체검사영장과 (의사에게 의뢰하여) 감정허가장에 의한 뇨채취가 실무적 관행으로 자리잡아 이루어졌다고 한다. 그런데, 이와 같은 실무의 태도와 학설의 논란은 일본 최고재판소가 압수・수색영장에 의하되 전제조건으로서 의사에 의하여 시행되어야 한다는 조건이[28] 부가되어야 한다는 견해를 제시하여 일응 해결되고, 최고재판소의 이러한 견해는 현재 채뇨와 관련한 실무의 태도로 정착되어 있다.[29]

우리나라에 있어서의 견해도 일본의 경우와 유사하게 전개되고 있다. ① 검증으로서의 신체검사영장에 의하자는 견해, ② 검증영장과 감정허가장에 의하자는 견해, ③ 압수 수색영장에 의하자는 견해, ④ 압수・수색영장 및 감정허가장에 의하자는 견해 등이 제시되고 있다.[30]

사견으로 이러한 논의에 대한 결론은 채취대상물의 성질과 압수・수색

---

27) 일본형사소송법 제222조 1항 및 제139조 참조.
28) 일본형사소송법 제218조 5항 참조.
29) 最高裁昭和55·10·23弟1小法延決定; 大山憲司, "尿の捜索・差押え", 警察實務制例 解說, 別冊 判例タイムズNo. 10 (捜索・差押え篇), 1988.참조.
30) 자세한 내용은 심희기, 전게서, 74면이하 참조.

및 검증, 감정의 개념에 대한 정확한 인식 하에 이루어져야 할 것이다. 먼저, 소변이나 연하물의 경우와 같이 신체의 일부라고 볼 수 없는 물적 특성을 유지하고 있는 대상에 대하여는 일본 최고재판소의 태도와 같이 압수·수색영장 하에 체내수사로서의 특별한 제한(의사에 의한 시행 등)을 가하여 시행하면 충분하리라고 생각한다. 그러나 채혈의 경우처럼 신체의 일부라고 볼 수 있는 대상물에 대해서는 감정허가장 및 신체검사를 위한 검증영장의 병용에 의한 방법이 타당하다고 생각한다. 압수·수색은 최근 프라이버시권 등으로 침해대상이 확대되고 있기는 하지만, 전통적으로 재산권 등에 대한 제한수단으로 판단되어 왔고, 형식적 확실성 유지가 강조되는 소송행위이지만 절차의 확실성을 해하지 크게 않는다면, 유연하고 신속한 절차진행을 위하여 소송행위에 조건 등 일정한 부관행위도 가능하다는 점에서 그러하다.

나. 令狀없이 이루어지는 경우

이제 영장없이 이루어지는 경우를 생각해보아야 하는데, 대부분의 견해가 영장없이 이러한 체내(강제)수사가 가능하되 형사소송법 제216조 및 제217조의 규정에 의하여야 한다는 입장을 취하고 있다.[31]

체내수사가 이루어지는 대부분의 경우가 수사기관의 사전영장 확보가 어려운 시간적, 장소적 제약 하에 요구된다는 점에서 볼 때, 영장없이 이루어지는 체내수사를 부인할 이유는 없다고 생각한다. 형사소송법이 규정하는 무영장 압수 수색 등에서 요구되는 조건이 충족되는 상황이라는 충분히 가능하다고 생각한다.

---

31) 상게서, 76면; 백형구, 전게서, 334면 참조.

V. 身元確認 · 特定을 위한 搜査機關에 의한 身體檢査

수사기관이 피의자 등에 대한 수사과정에서 신원확인이나 특정의 필요를 위하여 지문채취, 신장, 몸무게의 측정, 사진촬영 등을 위한 신체검사를 필요로 하는 경우가 많음은 주지의 사실이다. 과연 이러한 형태의 신체검사에도 영장주의원칙이 관철되어야 하는 것일까? 만약 그렇다면 그 예외는 어떠한 상황에서 인정될 수 있을까?

우선 이러한 활동의 성격을 확인하여야 하는데. 사견으로는 수사, 그중에서 강제수사로서 파악함이 옳다고 생각한다. 증거수집 활동과의 연계가능성 등을 고려하기 때문이다.

수사와 관련하여 이러한 유형의 신체검사에 대해서는 형사소송법이나 형사소송규칙상에는 명문의 규정이 없고, 다만 행형법상의 수용에 관한 규정(행형법 제10조)에 간략하게 규정되어 있다. 이들 규정의 내용은 교정시설 등에 수용대상자를 유치하기 전에, 신원확인(다만. 이 경우도 교정시설에의 수용상 안전을 위한 것이지, 피의자의 신원확인이나 특정을 위한 것이 아님은 분명하다)을 그 목적으로 하고 있음은 분명하다.

반면, 일본 형사소송법 제218조 2항에는 수사기관이 구속피의자에 대한 지문, 신장 체중 등의 측정을 위한 신체검사는 나체로 하는 신체검사가 아닌 한, 영장없이 가능하도록 명문의 규정을 두고 있다. 독일 형사소송법도 제81조의b상에 지문채취 등을 위한 규정을 두고 있다 다만. 이 경우 모두 증거수집 등을 위한 검사가 아닌 피의자의 신원확인이나 특정을 위한 것이라는 점에 특징이 있고, 증거수집을 위하여는 일본의 경우는 일본 형사소송법 제218조 1항의 신체검사영장에 의하여야 하고, 독일의 경우도 독일 형사소송법 제81조의a(피의자의 경우), c(제3자의 경우), d(여자의 경우)에 따라 별도의 신체검사에 의하여야 하도록 규정하고 있다.

우리나라에서는 일본이나 독일의 경우와 같이 (증거수집목적이 아닌) 수사기관의 신원확인 및 특정을 위한 신체검사규정을 갖고 있지 않지만 명문의 규정없이도 이를 당연히 허용하는 견해도 있고(이는 이러한 신체검사 등을 임의수사로 파악하는 것이라 할 수 있다),[32] 가능하기는 하되 형사소송법 제216조 1항 2호 등에 의하여 가능하다고 보는 견해도 있다(반대로 강제수사로 파악하는 경향이라 하겠다).[33]

명문의 규정없이도 가능하다고 보는 견해는 다소 문제가 있다고 생각한다. 신원확인의 경우도 충분히 증거로 활용될 가치가 있는 사항이기 때문이다. 형사소송법상 무영장 압수, 수색, 검증 등을 규정하고 있는 제216조 및 제217조에 근거하여 실시하는 후자의 방법도 고려할 수는 있으나, 이 경우는 반드시 피의자 등에 대한 인신구속이 전제되어야 하고, 인신구속과정과의 시간적 장소적 접착성이 유지되어야 하는 점에서 통상 위와 같은 유형의 지문채취, 신장, 체중측정, 사진촬영 등은 경찰관서 등에 이미 유치한 상태에서 이루어지므로 동 규정의 적용가능성도 역시 난점이 있다. 그렇다고 이러한 경우까지 사전 압수, 수색, 검증영장에 의할 것을 요구하는 것은 수사기관의 실무현실을 무시한 사고라고 할 수 있겠다. 결국 강제수사로서 영장주의의 예외를 허용하는 입법론적 해결이 필요한 부분이라고 하겠다. 다만 새로운 입법이전에는 무영장 압수, 수색 등에 관한 제216조 및 제217조의 경우를 신원화인 및 특정을 위한 신체검사 등에 유추적 적용을 하되, 이 경우의 신체검사는 지문채취, 신장, 체중 등의 측정 사진촬영 등 주로 신체외형적 특징의 외형적 관찰에 제한(즉, 체강수사 등의 제한)하여야 하겠다.

참고로 교정시설 등에 있어서 수용 전 신원확인이나 시설내의 질서유지 및 수용자의 안전을 위한 흉기 등의 검색을 위한 신체검사의 경우는 이미

32) 이재상, 전게서, 286면.
33) 배종대・이상돈, 전게서, 290면.

행형법(동법 제10조, 동시행령 제43조) 및 피의자유치및호송규칙(동규칙 제8조)에 근거가 있는 바, 그 자체는 특별한 문제가 없으나, 수용자를 나체로 하거나, 항문 등외 체강검사에 관한 규정이 없는 등 그 실시방법의 명확한 한계선이 설정되어 있지 않은 점이 지적된다.[34] 바로 이어서 후술한다.

Ⅵ. 對象者를 裸體로 하거나 體腔檢査 및 押收·搜索 등의 問題

이것은(주로, 유치장 기타 교정시설 등에서의 수용자나 수사상 피의자 등에 대한) 신체경사 등의 방법 상, 적절성의 문제이다. 형사소송법에는 검증에 관한 규정에 신체검사에 관한 규정을 두고 있지만, 그 방법에 대해서까지 상세한 규정(형사소송법 제141조 참조)을 두고 있지 않다. 그러나. 흉기검색이나 체강내에 비닉한 증거물의 확보 등을 위해서는 대상자를 나체로 하거나 항문, 성기. 구강 등의 체강에 대한 검사도 필요함은 충분히 긍정할 수 있다.

---

34) 미연방대법원은 Bell v. Wolfsh, 441 U.S. 520, 99 S. Ct.1861, 60 L. Ed. 2d 447(1979) 판례에서 교도소에 수용되어 있는 재소자를 나체로 하여 수색(strip search)한 사례에 대하여 미연방헌법 수정 4조의 적용과 관련한 이러한 수색에 대한 적법성 판단기준인 reasonableness를 해석함에 있어서, 시설내의 보안과 안전이라는 이익과 재소자의 프라이버시라는 개인적 이익간의 합리적인 이익형량에 의하여 그 합리성이 인정되고 그 방법이 적절하다고 판단되는 한 이러한 형태의 수색 내지 신체검사도 합헌으로 판단한 바 있다. 그리고 wofish판례의 reasonableness판단 방법은 이후 연방하급법원에서 지속적으로 유지되면서 probable cause보다 약한 resonable suspicion이라는 판단기준이 정착되게 되었다. 한편, New Jersey의 경우, strip search statute를 1985년에 제정하였으나, 처음에는 resonable suspicion을 요구하지 않는 등, 그 위헌성으로 인해, 이를 1991년에 개정하여, 교정시설의 재소자가 흉기나 약물의 소지의 고도의 개연성을 전제로, strip search가 가능하되 이를 다시 세분하여 cavity search(소위 체강검사)의 경우는 의사에 의하여 시행되어야 하는 등의 제한을 가하고 있다.

수사기관이 증거화보라는 수사목적을 위하여 피의자 등의 신체를 검사하여야 할 경우는 원칙적으로 사전영장(압수·수색영장이 될 것이다)에 의하되, 형사소송법 제216조 및 제217조의 예외에 해당하는 경우는 사전영장 없이 가능하겠다. 다만, 나체로 하는 경우나 체강에 대한 검사가 필요한 경우에는 그 필요성(증거의 은닉 및 발견의 개연성, 증거의 중요성 등)과 피검자의 이익(privacy권 등)을 형량하고, 방법상, 의사나 기타 의료인의 동석(특히 체강검사의 경우), 대상자가 여성인 경우에 여자 수사관 등의 동석, 타인으로부터 격리된 장소에서의 실시 등이 배려되어야 할 것이다.[35]

참고로 이러한 유형의 수사기관의 신체검사 내지 압수 수색과 관련하여 미국의 뉴저지주 대법원의 2000년 1월 19일 결정된 New Jersey v. Marcus Hayes를 살펴보면, 이 사건은 교통사범으로서 체포영장이 발부된 가운데, 경찰관에 의해서 체포되어, 경찰서까지 연행되는 가운데 피의자가 자신의 팬티 속에 무언가 숨기는 행동을 하고, 그 이전의 전과기록과 범행경력으로 보아 체강 내에 마약을 숨기는 것으로 생각한 경찰관이 피의자를 나체로 하여 항문 내에 대한 검사를 하여 마약을 발견한 사례로, 뉴저지주 대법원은 피의자의 동의나 사전영장이 발부되지 않은 가운데, 압수·수색이 이루어지고, 위법하게 경찰서 유치장내에 유치가 되었으며, 체강검사가 실시되기 위한 법정된 장소와 방법에 위배되어 이루어졌으므로, 경찰관이 확보한 마약은 증거능력을 상실한다고 보아, 하급심의 판결을 파기하였다.

이 판례에서 뉴저지주 대법원은 대상자를 나체로 하여 신체검사를 하거

35) 사전영장에 의하는 경우 영장청구시에 수사기관이 필요한 실시방법을 정확히 기재할 것을 요구하거나, 영장발부시 법관이 필요한 제한사항을 기재하여 발부하는 것도 좋은 방법이다. 그러기 위해서는 조건부 소송행위의 문제도 보다 적극적인 시각 속에서 검토하는 것이 필요할 것이다. 우리나라의 경우 소송행위의 절차적 특성이나 형식적 확실성의 요구로 조건부 소송행위에 대하여 부정하는 견해, 형식적 확실성을 해치지 않는 한 적극적으로 허용하는 겨견해 등이 있다. 조건부 소송행위에 관해서는 이재상, 전게서, 149면 참조: 신체검사시의 제한조건의 부과와 관련하여서는 일본 형사소송법 제218조 5항 참조.

나(strip serach), 체강검사(cavity search)가 가능하기 위해서는 원칙적으로 영장이나 피의자 등 그 대상자의 동의가 전제되고, 적법하게 인신구속되고 법정된 유치장소에 유치되어, 시설의 보안과 유치인의 안전을 위하여 실시되어야 하고, 특히 체강검사(cavity search)의 경우는 성인교도소(adult county correctional facility)에서 의사나 간호사 등 의료전문가에 의하여 실시되어야만 그 적법성을 인정할 수 있다고 하였다.[36]

따라서 이러한 요건을 갖추지 못한 위 사례에 대해서, 위법한 신체검사 및 압수·수색 및 그에 따른 위법수집증거라고 결론을 짓고, 이른바 배제법칙(exclusionary rule)을 적용시키고 있는 것이다.

그렇다면 과거 문제시되었던 경찰서 유치장 입감시 경찰관에 의하여 실시된 소위 알몸수색의 적법성은 어떻게 판단되어야 할 것인가? 일단 이 경우에는 경찰관이 범죄수사의 목적으로 압수·수색이나 감정, 검증을 시도한 것이 아니고. 유치장 입감시 유치장내의 질서유지와 피의자 등의 자해방지, 안전사고의 방지를 위한 조치과정중에 발생한 것이라고 판단된다. 따라서 사안은 위에서 언급한 Hayes판례보다는 Wolfish판례와 유사성을 갖는다.

이러한 형태의 신체검사(수색)은 범죄수사목적이라고 볼 수 없으므로 유치시설의 안전을 위한 일반적인 신체검사형태는 행형법이나 피의자유치 및 호송규칙상의 신체검사규정에 따라 영장의 의하지 않고, 유치시설내의

---

36) 원문은 다음과 같다. "a. The search is authorized by a [***5] warrant or consent; b. The search is based on probable cause that a weapon, controlled dangerous substance, as defined by the "Comprehensive Drug Reform Act of 1987," N.J.S. 2C:35-1 et. al., or evidence of a crime will be found and a recognized exception to the warrant requirement exists; or [**381]; c. The person is lawfully confined in a municipal detention facility or an adult county correctional facility and the search is based on a reasonable suspicion that a weapon, controlled dangerous substance, as defined by the "Comprehensive Drug Reform Act of 1987," N.J.S. 2C:35-1 et. al., or contraband, as defined by the Department of Corrections, will be found, and the search is authorized pursuant to regulations promulgated by the Commissioner of the Department of Corrections.

교정공무원 등에 의하여 실시될 수 있다고 생각한다. 다만, 일반신체검사보다 강화된 형태의 정밀신체검사가 문제인데, 위 전교조 교사들에 대한 수색이 문제로 되었던 당시는 알몸수색(strip serach) 등에 대한 명확한 규정과 제한이 없었지만, 수색을 통하여 흉기나 마약 등 범죄증거가 발견되는 경우는 바로 수사절차와 연계될 수 있고, 설사 수사목적을 배제한다 하더라도, 알몸수색이나 체강수색은 대상자의 신체 및 명예에 대한 강력한 침해작용을 갖는 것을 부정할 수 없다는 점(강제수사로 파악하여)에서 대상자의 동의나 법관이 발부한 영장 하(압수, 수색영장이 가장 적합하다고 판단된다)에서 실행되고, 그 세부적인 요건도 위에서 언급한 미국의 사례에 준하여 실시됨이 옳다고 판단된다.[37]

이렇게 본다면 과거 발생하였던 전교조 소속 교사들이 항의 시위 중 경찰에 연행되어 유치장에서 알몸수색을 받은 사례를 예로 본다면, 모두가 현직교사라는 점, 흉기, 마약, 기타 위험물소지의 우려가 없고, 자해의 우려도 없다는 점에서 볼 때, 경찰관에 의하여 입감전 신체검사의 목적으로 시행된 알몸수색은 그 제한조건을 위배하여 위법하다는 결론에 도달할 수 있을 것으로 판단된다.[38]

다만, 이러한 수색과정을 통하여 입수된 범죄증가가 있다면, 이는 위법하게 획득된 증거로 보아 배제법칙의 적용대상이 될 수 있으나, 물적 증거 방법에 대하여 배제법칙의 완전한 적용을 하고 있지 않은 우리 판례의 태도로 볼 때, 논의의 실효성은 다소 의문이라는 점은 지적하고 싶다.

---

37) 소위 '알몸수색'과 관련하여 자세한 내용은 조국, "경찰서 유치장에 수용된 형사피의자에 대한 신체검사", 형사정책연구, 2000년 겨울호 참조.

38) 경찰은 위 전교조 교사들에 대한 알몸수색시비 후, 피의자유치및호송규칙을 개정하여 알몸수색 등의 강화된 형태의 신체검사시, 유치시설의 안전에 대한 우려를 가져올 수 있는 경우를 전제로 격리된 환경, 의사 등의 참석 등의 사항을 보완하여 개정하였다. 다만, 동 규정이 법령이 아닌 행정규칙에 불과하고, 영장주의의 미적용 등의 문제를 여전히 내포하고 있는 점이 지적될 수 있다. 2000년 10월 26일 개정된 경찰청훈령 제62호 피의자유치및호송규칙 제8조 참조.

Ⅶ. 結 語

이상에서 수사기관의 신체에 대한 수사상 각종 처분 중, 체내수사(검사), 신원확인 및 특정을 위한 신체정사 및 과거 전교조 시위사건을 통해 알려진 정밀신체검사로서의 알몸수색(strip search)이나 체강검사(cavity search)에 대하여 간략히 살펴보았다.

근본적으로 이 문제는 우리 형사소송법 등이 압수, 수색, 검증, 감정 등의 강제처분 규정과 관련하여 새롭게 문제되는 유형에 대하여 충분한 입법적 대응을 하지 못하고 있다는 점에 기인하는 것으로 생각한다. 독일형사소송법이 혈액체취나 유전학적 검사에 관한 명문의 규정을 갖고 있는 것이나 일본형사소송법이 신원확인 등을 위한 지문채취 및 기타 신체검사 규정에 관한 명문의 규정을 갖고 있는 점을 비교해 보면 쉽게 인식할 수 있다.

아직 이러한 명문의 세부규정을 갖고 있는 않는 우리에게는 입법론적 해결을 기다리기에 앞서 해석론을 통한 해결을 모색하여야 하는 선결과제가 있다고 할 수 있다. 기존의 압수, 수색이나 검증, 감정 등에 관한 규정을 통하되, 체내검사나 체강검사, 소위 알몸검사와 같은 사항은 대상자의 인격권이나 생명, 신체의 안전이라는 중대한 기본권과도 직결되는 문제인 만큼, 미국판례상의 이익형량적 판단방법과 의료전문가, 여성의 동석, 실시장소의 한정, 법관이 발부한 영장에 의한 사전적 사법심사에 의한 통제 등 그 적절한 보완이 판례의 집적과 학설논의를 통해서라도 이루어져야 할 것으로 생각한다.

A Study on Criminal Examination of Human body and Judgement of Lawfulness of Investigative method

Kwon, Chang-Kook**

Recenty, in criminal investigation, many kinds of scientific investigative methods have been used and at the same time, these investigative method are confronted by confusement of lawful judgement in connection to the principle that regulate compulsory criminal investigative method with codified rule and warrant issued by judge.

Expecially, this problem is very serious in investigation to human body, for example. obtaining sample of blood, urine, and the other humors. DNA etc.. hair and the other body hair, shooting X-ray, stomach pumping and so on.

This investigation to human body is indispensable method for criminal cases solving and also is needed for avoidance of infringement to human right that happen by depending statement evidence to excess. But, this type of investigation brings about new invasion to human right, that is, privacy, the right not to be intruded to completeness of body, self-life. In this point, the problem of investigation to human body is examined by balance of two conflicting value, crime solving and human right.

The investigative method to human body can be divided by targets, that is, the investigation to external of body, inner of body. And investigation of

** full-time lecturer, dept. of police administration of Seonam Univ.

external of body is divided to investigation to surface of body and cavity investigation and that, the case of inner of body can be divided to the case that is not done by surgical methods and the reverse. I think, surgical method to human body for criminal investigation must prohibited, because that method over-infringed safety of human body, life and privacy. But, the other method can be used in strict regulations.

Most of all, it is the most important thing in considering permission of this criminal investigation method to check the necessity, situation, safety of method(in a medical view point) of this investigation and the principle of due process in constitutional law. In korean criminal procedure law, because of worry about abuse of authority of criminal investigators, there have been very strict regulations for criminal investigation, expecially, compulsory method. Basically, I think, this attitude is very right. But, practically, real and rational regulation and accomplishment of criminal case solving is more important at the same time than formal regulation to criminal investigation.

Through flexible and rational interpretation of law, we can solve these problem that come from using scientific investigation method that has no formal regulation in criminal procedure law and accomplish safe society from crime.

음주운전 수사방법인 음주측정의 형사절차법적 문제점과 입법론적 해결방안

한 영 수*

Ⅰ. 혈중알콜농도의 정확한 측정이 필요한 이유

해마다 음주로 인한 교통사고가 많이 발생하고 있으며, 이로 인한 인명피해도 매우 크다. 2000년도 경찰청통계자료[1]에 의하면, 그 해에 발생한 음주교통사고는 모두 28,074건이었고, 이로 인한 사망자의 수는 1,217명, 부상자의 수는 무려 47.155명으로 나타났다. 또한 같은 해에 도주운전(일명: 뺑소니사고)은 총 22.994건이 발생하여 664명이 사망하였다. '뺑소니' 사고 운전자의 도주동기를 살펴보면 음주운전이 가장 높은 비율을 차지하고 있다.[2]

이처럼 음주운전은 교통사고의 주요원인일 뿐만 아니라 '뺑소니'사고의 주요동기를 제공하고 있음을 알 수 있다.

음주로 인한 교통사고의 발생을 방지하기 위하여 대부분의 국가에서 음주운전을 금지하고 있다.[3]

---

* 경원대학교 법학과 교수, 법학박사

1) 연도별 구체적 통계내역은 경찰청홈페이지 정보자료실(경찰동계자료 경비교통부분)을 참조

2) 1999년도의 경우 음주운전이 도주동기의 29.1%를 차지하였다.

3) 음주운전을 금지하는 방법으로는 혈중알콜농도의 일정기준치를 초과하면 무조건 처벌하는 방법과 혈중알콜농도의 구체적 수치와 상관없이 운전능력저하 여부를 기준으로 처벌하는 방법이 있다. 이에 대해서는 조대환, 현행 음주운전처벌법규의 문제점 고찰. 법조통권 제514호(1999년 7월), 61쪽 이하. 형사정책연구 제12권 제4호(통권 제48호, 2001·겨

우리 도로교통법 제41조 제1항도 “술에 취한 상태에서 자동차등을 운전”하는 것을 금지하고 있으며, 이를 위반한 음주운전자에 대해서는 같은 법 제107조의2에 따라 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 또한 도로교통법시행령 제31조는 ‘술에 취한 상태’의 기준을 혈중알콜농도가 0.05% 이상으로 규정하고 있다. 혈중알콜농도가 0.05% 이상이면 운전을 하기에는 적합하지 않은 상태, 즉 ‘술에 취한 상태’로 보고 이런 상태로 차량을 운전하는 것을 일률적으로 금지하고 있는 것이다.

주취운전의 기준이 되는 혈중알콜농도의 수치는 나라마다 다르다. 같은 유럽국가에서도 스위스, 룩셈부르크, 이탈리아, 아일랜드, 영국 등은 0.08%, 스페인, 포르투칼, 오스트리아, 네덜란드, 크로아티아, 유고슬라비아, 프랑스, 핀란드, 덴마크 등은 0.05%, 폴란드와 스웨덴은 0.02%를 경계선으로 삼고 있다.[4)]

독일도 과거에는 0.08% 이상을 상대적 운전불능의 상태로 보다가 1998년 5월 1일부터 도로교통법(§24a StVG)을 개정하여 0.05% 이상으로 기준을 더욱 엄격하게 변경하였다(또한 절대적 운전불능의 상태는 1990년 6월 28일 연방대법원의 판결에 의하여 0.13% 이상에서 0.11% 이상으로 변경되었다).[5)]

그리고 루마니아, 체코, 헝가리 등은 주취운전의 기준을 아예 0.00% 이상으로 규정함으로써 음주운전을 절대적으로 금지하고 있기도 하다.

이처럼 금지되는 음주운전의 기준인 혈중알콜농도가 국가마다 다소 다른 것은 술을 마심으로써 신체에 흡수되는 알콜의 양이 구체적으로 어느 정도가 되면 운전자의 운전능력의 약화를 초래하는지 정확하게 알 수 없다는 데서 그 원인을 찾을 수 있다. 또한 술을 마시는 사람의 신체조건이나 평소의 음주량 및 건강상태에 따라 알콜이 신체에 미치는 영향이 각각

울호)

4) 구체적인 통계자료는 http://www.bads.de/alkoholgrenzwerte.htm에서 인용함.

5) Brutscher/Baum, Verkehrsstraftaten, 3.Aufl. 1999, S. 104 und 110.

다를 수도 있기 때문이다. 그러나 각 사람마다 정도의 차이는 있을지라도 음주를 통해 신체(특히 대뇌)에 흡수된 알콜이 운전능력(판단력, 운동신경, 지각능력 등)을 저하시킨다는 사실은 분명하다.[6)]

바로 그 위험성(사고발생가능성)이 음주운전죄의 불법내용을 구성하고 있는 것이다. 즉, 음주운전죄는 대표적인 추상적 위험범의 하나로서 다량으로 발생하는 위험(음주교통사고)을 방지하려는 정책적 고려가 담겨 있다. 따라서 금지되는 음주운전의 기준을 혈중알콜농도의 몇 퍼센트 이상으로 정할 것인가는 결국 각국의 법정책에 달려 있는 셈이다.

혈중알콜농도의 측정은 음주운전죄의 성립여부를 결정짓는 전제조건임을 살펴보았다. 그런데 측정된 혈중알콜농도는 단순히 음주운전죄의 성립여부를 가늠해주는 역할만 수행하는 것은 아니다. 혈중알콜농도의 輕重에 따라 구속영장신청(청구)여부가 결정되며, 면허정지 또는 면허취소 등 부과되는 행정처분의 종류와 내용이 달라지게 된다. 혈중알콜농도의 수치에 따른 음주운전자에 대한 우리 나라의 사법적 대응을 간략히 살펴보면 다음의 <표1>과 같다.

<표 1> 혈중알콜농도에 따른 사법처리

알콜농도 / 결과	0.05%~0.1% 미만	0.1% 이상	구속영장청구(신청)기준 (구체적인 상황에 따라 가변적)
단순음주 대물사고	형사입건, 면허 100일 정지	형사입건, 면허취소	0.05% 이상: 3회이상, 뇌물공여자 0.36% 이상: 사고유무(경중)불문
대인사고	형사입건, 면허취소	형사입건, 면허취소	0.16% 이상: 중상사고 0.26% 이상: 경상사고

구속이나 면허취소(정지)는 운전자에게 있어서 매우 민감한 문제이며,

6) 알콜이 운전능력에 미치는 영향에 대해서는 한국형사정책연구원, 음주운전의 규제에 관한 연구, 1996, 27쪽 이하를 참조: 보다 자세한 내용은 홍성민, 운전자의 음주가 안전운전에 미치는 영향, 교통안전진흥공단 1985를 참조.

실제로 많은 음주운전자가 형벌(벌금)보다 더 두려워하기도 한다. 특히 차량운전을 생계의 수단으로 삼는 직업을 가진 자에게 면허취소나 면허정지는 치명적이라고 할 수 있다. 그런데 음주운전자에 대한 경찰의 구속영장 신청여부와 행정기관의 면허취소(정지)여부가 혈중알콜농도의 구체적 수치에 따라 일률적으로 결정된다고 할 수 있으므로 당사자에게 있어서 혈중알콜농도의 정확한 측정은 현실적으로 아주 중요한 의미를 지니고 있다.

또한 높은 수치의 혈중알콜농도는 量刑과정에서도 대단히 불리하게 작용한다. 음주운전으로 인한 도로교통법 위반사건의 양형은 일차적으로 주취정도(혈중알콜농도의 구체적 수치)에 의하여 영향을 받고 있다.[7)]

실무에서는 일반적으로 혈중알콜농도 0.05% 이상 0.10% 미만은 경한 정도로, 0.10% 이상 0.15% 미만은 보통의 정도로. 0.15% 이상의 경우는 중한 정도로 취급되며 0.30%를 초과하는 경우에는 특별히 중한 정도로 간주되고 있다. '주취정도' 이외에도 다른 여러 가지 개별적 양형인자[8)]가 변수로 작용하고 있으므로, 음주운전으로 인한 도로교통법 위반사건의 구체적 양형에 대해 일괄적으로 말하기란 어렵다. 그러나 법원행정처의 '양형실무위원회'에서 1999년 발간한 보고서에 의하면 대체로 다음과 같이 양형이 이루어지고 있는 듯 하다.[9)]

단순 음주운전인 경우 동종범죄로 처벌받은 전력이 없고 혈중알콜농도 0.15% 이하인 경우에는 벌금형을 선고한다. 그러나 초범이라고 하더라도 대형화물자동차를 직업으로 운전하는 피고인으로서 혈중알콜농도 0.15%를 초과하여 대물사고를 야기한 경우에는 집행유예를 선고한다. 피고인이 3년 이내 2번 이상 동종 범죄로 처벌받은 전력이 있다면, 혈중알콜농도가

---

7) 자세한 내용은 법원행정처, 양형실무, 1999, 425쪽 이하를 참조할 것.

8) 음주운전죄에 대해서는 '주취정도'와 함께 '음주경위', '운전한 경로 및 거리'. '동종 범죄 처벌전력'. '차종과 직업', '교통사고 발생여부' '다른 도로교통법위반죄의 경합여부'가 개별적 양형인자에 해당한다.

9) 법원행정처, 양형실무. 1999, 427쪽 이하를 참조.

0.1% 이상으로 대물사고를 야기한 경우에 통상 집행유예를 우선적으로 선고하나 6월 미만의 단기 실형도 선고될 수 있고. 대형화물자동차 운전자로서 혈중알콜농도가 0.15% 이상이고 대물사고를 야기한 경우에는 우선 적으로 단기 실형이 고려된다.

음주운전죄의 성립여부와 운전자에 대한 구속여부, 그리고 그에게 부과되는 형벌(행정처분 포함)의 종류와 내용이 혈중알콜농도의 구체적 수치에 따라 좌우되는 이유는 혈중알콜농도가 높을수록 그로 인한 위험성이 상대적으로 증대되며 결과적으로 이에 비례하여 행위(음주운전)불법도 무거워지는 것으로 판단되기 때문이다. 음주운전에 대한 수사의 핵심은 결국 피의자(용의자)의 혈중알콜농도를 정확하게 측정 또는 산출하여 행위불법의 정도를 규명하는 일이다. 이처럼 수사초기(또는 그 이전)단계에서 측정된 혈중알콜농도는 앞으로 진행되는 수사와 재판과정에서 不變의 常數로서 구속기준 및 음주운전의 성립여부와 형벌의 양을 결정짓는 중요한 증거로 작용한다. 따라서 혈중알콜농도의 측정은 중요한 증거수집활동이며, 그 정화성과 객관성을 담보할 수 있는 (형사)절차법적 장치를 강구할 필요가 있다.

Ⅱ. 혈중알콜농도의 측정(추정)방법

사람의 혈중알콜농도를 측정하는 가장 정확한 방법으로는 혈액을 채취하여 혈액성분을 검사하는 방법이 있다. 또한 호흡주입식 음주측정기에 의한 검사는 호흡 속에 있는 알콜의 양을 측정하여 혈중알콜농도를 '추정'하는 방법으로서 현재 혈액검사의 代案으로 널리 통용되고 있다. 이외에도 운전자의 도주 등의 이유로 인해 운전당시의 혈중알콜농도를 측정할 수 없는 경우 '위드마크공식'을 활용하여 혈중알콜농도를 추산하는 방법도 사용되고 있다. 즉, 혈중알콜농도의 측정방법으로는 ① 혈액검사, ② 호흡검

사. ③ 위드마크공식에 의한 추산 등 세 가지 방법이 각각 이용되고 있다.

1 . 혈액검사와 호흡검사

혈액검사는 운전자의 신체(주로 팔)에서 혈액을 채취하여 그 성분을 검사하는 방법이다. 일반적으로 혈액성분을 검사하기 위해서는 주사기를 혈관에 찔러 넣은 후 혈액을 마이너스 압력으로 배출시키는 채혈작업이 선행되어야 한다. 반면. 호흡검사는 운전자가 호흡측정기에 숨을 세게 불어넣음으로써 호흡 속에 함유되어 있는 알콜의 양을 음주측정기로 측정하는 방법이다. 혈액검사에 비해 호흡검사의 결과에 대한 신뢰성에 문제를 제기하는 경우가 적지 않은 것은 사실이다. 그러나 호흡주입식 음주측정기의 급속한 발전으로 인해 호흡경사에 의하여 측정된 혈중알콜농도는 혈액검사방법에 의할 때와 거의 일치하는 것으로 알려져 있다. 즉, 최신의(좋은) 음주측정기를 사용한다는 전제하에 호흡경사방법에 의한 결과는 혈액정사방법에 의한 결과와 그 상관지수가 매우 높은 것으로 보고되고 있다.[10)]

다만, 음주측정기의 사용방법에 따른 오차의 발생가능성이 적지 않다는 점은 여전히 문제점으로 남아 있다. 즉, 혈액검사방법에 비하여 호흡검사방법에 의하여 측정된 결과(혈중알콜농도)에 대한 신뢰성이 상대적으로 떨어진다고 말하는 것은 측정기자체의 신뢰성보다는 사용자의 사용미숙이나 자의적인 결과조작의 가능성이 있다는 점에 기인한다.

혈액검사와 호흡검사의 실행과정을 비교하여 보면 다음과 같은 차이점을 발견할 수 있다. 혈액검사를 위해서는 전문가(의료인)의 도움을 받아야 하지만, 호흡검사는 음주측정기를 다를 줄 알기만 하면 누구든지 검사할 수 있는 방법이다. 혈액정사는 채혈작업이 선행되어야 하므로 그것이 동의

---

10) Bilzer/Schewe/Blauert/Kirschall, in: Blutalkohol 34(1997), S. 89-100: 한국형사정책 연구원, 음주운전의 규제에 관한 연구, 1996, 37쪽.

채혈이든 非동의채혈이든 간에 사람의 신체에 주사기를 찔러야 한다는 점에서 피검사자의 신체에 대한 침해가 있어야 하지만, 호흡검사는 피검사자가 단지 숨을 세게 내쉴 것만 요구되므로 사람의 신체에 대한 침해가 있는 것은 아니다 혈액의 채취는 - 물리적인 힘을 사용하여 - 강제할 수 있으므로 혈액검사에는 피검사자의 협조가 반드시 요구되는 것은 아니다. 이에 반하여 호흡검사는 피검사자가 숨을 내쉬지 않는다면 호흡채취가 불가능하기 때문에 자발적인 협조가 필수적이다.

양 검사방법은 이러한 차이로 인해 각각의 장단점이 뚜렷하게 대비된다. 첫째, 호흡검사는 검사방법이 간단하므로 경찰이 음주단속 또는 교통사고 현장에서 즉각적으로 음주측정을 실시할 수 있다. 이에 반해 혈액검사는 음주운전의 용의자를 병원으로 데리고 가서 혈액을 채취하도록 하고 검사결과를 기다려야 하는 번거로움이 따른다. 둘째, 호흡경사는 음주측정기의 구입비용을 제외하면 검사에 소요되는 경비가 따로 필요하지 않다. 반면 혈액검사를 실시하기 위해서는 병원을 이용해야 하므로 별도의 비용이 소요된다. 셋째, 피검사자가 협조하지 않으면 호흡검사에 의한 혈중알콜농도의 측정은 불가능하지만, 혈액검사에 의한 혈중알콜농도의 측정은 피검사자의 건강에 이상이 없는 한 원칙적으로 가능하다. 넷째, 호흡검사와 달리 혈액검사는 피검사자의 신체의 완전성에 대한 침해를 수반하며, 강제채혈이 이루어지는 경우에는 인격권에 대한 침해의 가능성도 높다. 다섯째, 혈액검사는 제3자인 전문의료진에 의해 시행되므로 객관성과 공정성 및 정확성이 어느 정도 담보되지만, 호흡검사는 경찰(수사기관)이 직접 시행하므로 사용규칙을 제대로 준수하지 않거나 또는 자의적인 측정, 즉 결과조작의 가능성이 있기 때문에 객관성과 정확성이 떨어질 수 있다. 혈중알콜농도를 측정하기 위한 혈액검사와 호흡검사의 각 장단점을 요약하면 다음의 <표2>와 같다.

<표 2> 혈액검사와 호흡검사의 장단점 비교

구 분	장 점	단 점
혈액검사	정확성, 객관성, 신뢰성, 피검사자의 협조 없이도 측정가능	번거롭고, 시간과 비용이 많이 소요됨 신체의 완전성에 대한 침해 채혈하는 과정에서의 강제력 행사
호흡검사	용이성, 편리성, 신속성, 효율성, 경제성,	사용부주의로 인한 부정확성 자의적인 측정으로 인한 불공정성 피검사자의 자발적 협조가 필수적임

2. 위드마크 공식에 의한 혈중알콜농도의 추산

부득이한 사정으로 인하여 운전 직후에 음주측정을 하지 못하는 경우가 종종 발생한다. 음주혐의가 있는 운전자가 교통사고를 내고 도주하여 뒤늦게 체포된 경우가 그 대표적인 예다. 또한 음주혐의가 있는 운전자가 차량운전을 종료한 후 음주측정을 받기 직전에 다시 술을 마신 경우도 있다. 음주운전의 혐의가 목격자의 진술 등에 의하여 뒤늦게 밝혀진 경우도 있다. 이러한 때에는 운전당시의 혈중알콜농도를 '측정'할 수는 없고, 단지 인체내 알콜의 흡수와 분해에 관한 경험칙에 준거한 추산방법을 이용하여 '추정'하는 수 밖에 없다. 혈중알콜농도는 胃와 腸에서의 흡수과정을 거치면서 증가하고, 동시에 肝 등에서 분해되기 시작하면서 감소한다. 즉, 혈중알콜농도는 술을 마신 후 알콜이 흡수되면서 일정시점(대체로 1시간 전후)까지는 급격히 증가하여 최고점을 이루다가, 그 후 흡수되는 알콜의 量보다 분해되는 量이 많아지면서 천천히 감소한다. 1932년 스웨덴의 과학자 위드마크(Widmark)[11]는 이러한 인체 내 알콜의 흡수·분해과정을 면밀히 연구하여 운전당시의 혈중알콜농도를 추산할 수 있는 소위 '위드마크 공식'을 만들었다. 위드마크의 기본공식을 간단히 소개하면 다음과 같다:

11) 현재 독일에서 '위드마크 공식'을 자주 사용하고 있어서 국내에서는 위드마크를 독일사람으로 소개하고 있으나, 사실은 스웨덴사람이다.

C = A÷(P×R)

[C는 최고조의 혈중알콜농도, A는 섭취한 알콜의 양(g), p는 체중, R은 분해상수]

여기서 분해상수(또는 위드마크상수) R은 몸 안에 있는 수분의 비율을 의미한다. 혈중알콜농도란 혈액 속에 함유되어 있는 알콜의 농도이므로 인체내의 수분의 비율과 밀접한 관련을 맺고 있다. 즉, 뼈나 지방은 알콜을 함유하지 않기 때문에 혈중알콜농도는 기본적으로 '몸에 있는 모든 알콜의 양'을 '몸에 있는 모든 수분의 양'으로 나눈 수치와 비례관계에 있다. 몸에 지방이 적은 사람이 지방이 많은 사람보다 수분비율이 높은 것은 당연하며, 일반적으로 여자가 남자보다 지방성분이 많고 수분비율이 상대적으로 낮기 때문에 남자와 여자의 분해상수 R의 값은 차이가 난다고 한다. 위드마크가 연구한 결과에 의하면 R의 값은 남자의 경우는 0.52~0.86, 여자의 경우는 0.47~0.64로 나왔으며. 남자의 평균치는 0.68이고 여자의 평균치는 0.55였다.[12)]

앞의 기본공식은 소화기관에서 흡수된 알콜의 양만을 기준으로 삼고 분해되는 알콜의 양을 고려하지 않았기 때문에 C는 최고치에 이른 혈중알콜농도를 의미한다. 물론 혈중알콜농도가 최고점에 이르기까지는 술을 마신 다음 일정한 시간이 필요하다. 胃와 腸에서의 흡수과정이 있어야 하기 때문이다. 알콜의 흡수속도는 음주와 함께 섭취한 안주나 식사의 양과 식사시간에 따라 달라질 수 있다. 또한 시간이 지남에 따라 흡수된 알콜이 다시 肝에서 분해된다는 점을 함께 고려하여야 운전당시의 혈중알콜농도를 정확히 산출해낼 수 있다. 시간의 경과에 따른 알콜의 흡수 분해과정을 고려한다면, 음주후 일정 시간 후의 혈중알콜농도를 산출하는 공식은 다음과 같게 된다:

Ct=A÷(P×R)-Bt

---

12) 한국형사정책연구원, 음주운전의 규제에 관한 연구, 1966, 24쪽.

[Ct는 음주 후 일정시간이 지난 시점의 혈중알콜농도, B는 시간당 알콜분해량, t는 음주 후 경과된 시간]

그러나 肝에서의 알콜분해속도는 개인에 따라 차이가 큰 것으로 알려져 있다. 예컨대 평소의 음주습관을 기준으로 살펴볼 때 상습음주자가 비음주자에 비해 분해속도가 빠르다고 한다. 시간당 알콜분해량 B는 개인의 음주습관, 체질, 음주속도, 음주 후 신체활동의 정도 등에 따라 0.008%부터 0.030%까지 편차가 있는 것으로 알려져 있으며, 그 평균값은 0.015%로 보고 있다.[13)]

따라서 최고점의 혈중알콜농도에서 음주 후 경과된 시간(t)에 시간당 알콜분해량(B)를 곱한 수치를 빼면 운전당시의 혈중알콜농도를 추정할 수 있다. 만일 운전종료 후 일정시간이 경과된 후에 음주측정이 이루어진 경우에는 앞의 공식을 이용하여 역추산할 수 있다. 즉, 측정편 혈중알콜농도(Ct)에 분해된 알콜(Bt)을 더한 값이 운전당시의 혈중알콜농도가 된다:

운전당시의 혈중알콜농도 = Ct + Bt

Ⅲ. 현행법상 음주측정의 의미

1. 행정행위인 음주단속과 수사(사법경찰)행위인 음주측정의 구별

수사로서의 음주측정과 행정행위로서의 음주단속은 개념적으로 구별된다. 예를 들어 경찰이 지나가는 모든 차량을 일단 정지시킨 다음 육안으로 운전자의 외관상 음주징후를 살펴보거나 음주탐지기(음주감지기)로 음주여부를 알아보는 무작위 음주단속은 전적으로 행정경찰작용에 속한다. 음

13) 독일에서는 평균값을 0.01 Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46.Aufl. 1993, 316 Rn.8d.

주운전으로 인한 위험(사고발생가능성)을 사전에 방지하려는 위험예방의 목적을 지닌 행정행위인 것이다. 이때까지는 음주운전의 막연한 혐의(추상적 범죄혐의)도 포착된 상태가 아니므로 형사절차법상의 수사행위와는 거리가 멀다. 그러나 이러한 음주단속을 통해 운전자가 음주를 한 것으로 일단 추측되면 경찰은 휴대용 음주측정기로 호흡검사를 실시하는데, 그 결과 혈중알콜농도가 0.05% 이상으로 나오면 형사입건을 하도록 되어 있다. 이때의 음주측정은 수사단서로서 수사개시요건이 되는 셈이다.

그러나 음주측정의 결과는 앞으로 있을 수사와 재판의 가장 중요한 증거가 된다는 점에서 이때의 음주측정은 단순한 수사개시요건 이상의 중요한 의미가 있다. 이미 앞에서 언급한 바 있듯이 음주측정은 앞으로의 수사와 재판에 있어서 가장 중요한 증거의 수집활동이 되기 때문이다. 흔히 볼 수 있는 경찰의 무작위 음주단속의 예를 단계별로 구분하여 살펴보면 다음과 같이 3단계로 나눌 수 있다. 제1단계는 모든 차량을 일단 정지시킨 다음 음주여부를 외관상 또는 음주감지기로 탐지하는 단계이고, 제2단계는 음주운전의 혐의를 포착하고 운전자를 차에서 내리게 한 다음 음주측정을 실시하는 단계이며, 제3단계는 음주측정의 결과 운전자의 혈중알콜농도가 0.05% 이상으로 나와 형사입건을 하는 단계다. 제1단계는 행정행위인 음주단속이며 제3단계는 음주운전에 대한 수사행위임에는 틀림이 없다. 다만 제2단계, 즉 운전자의 외관상 음주한 것으로 인지된 그 순간부터 음주측정을 하는 시점까지의 경찰의 행위는 위험예방차원의 행정행위의 연장선상에서 앞으로 있을 수사활동과 밀접한 관련을 맺고 있는 행위로서 사실상 '內査'활동에 준하는 성격을 지니고 있다고 보인다.

이러한 사전 음주단속의 경우와 달리 교통사고가 발생한 경우에 음주혐의가 있는 운전자에 대한 사후 음주측정은 수사(사법경찰작용)의 성격이 짙다. 특히 중한 사고가 발생하여 운전자가 많이 다쳤거나 차량이 크게 파손된 경우에는 차량운전의 가능성이 일단 없어지므로 위험방지를 위한 행

정경찰작용으로서의 음주단속은 더 이상 필요로 하지 않는다. 또한 '뺑소니'운전자를 체포한 다음에 음주측정을 하는 경우도 피의자가 차량을 계속 운전할 가능성이 없다는 점에서 이와 마찬가지이다. 그러므로 이 경우에 있어서 음주측정은 순전히 운전당시의 주취여부를 "수사"하기 위한 것으로서 전적으로 사법경찰행위라고 볼 수 있다. 이와 같이 수사의 목적으로 실시하는 사후적 음주측정은 형사소송법상 인정되는 일반적인 수사개시요건을 갖추어야 한다. 즉. 수사의 필요성과 상당성을 구비하여야 한다.[14]

무엇보다 구체적인 범죄(음주운전)혐의의 인지가 있어야 수사(음주측정)가 가능하다.

우리 도로교통법 제41조 제2항은 "경찰공무원은 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다"고 규정하고 있다. 여기서 "교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정"하여 음주측정을 하는 경우란 앞서 설명한대로 위험(사고발생가능성)방지를 위한 행정경찰작용으로서의 음주측정, 즉 음주단속을 말한다. 그리고 "술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때"의 음주측정은 사후적 음주측정, 즉 수사행위로서의 음주측정을 의미한다. 종전에는 사후적 음주측정이 수사행위로서 행해짐에도 불구하고 그 근거규정이 없었으나,[15] 1995년 1월 5일 도로교통법 개정에 의하여 이 부분이 이 규정에 삽입됨으

14) '수사의 필요성과 상당성'에 대해서는 배종대/이상돈, 형사소송법 제4판(2000). 176쪽 이하: 신동운, 형사소송법 I 제2판(1997), 72쪽 이하: 신양균, 형사소송법, 2000, 62쪽 이하: 이재상. 형사소송법 제5판(1998), 175쪽 이하: 차용석, 형사소송법, 1997, 233쪽 이하를 참조할 것.

15) 운전을 종료한 후의 음주측정요구에 불응한 행위에 대한 규제법령의 변화과정은 신동운, 운전종료후의 음주측정불응죄와 영장주의, 저스티스 제30권(1997) 제4호, 140쪽 이하를 참조할 것.

로써 위험방지를 위한 음주단속 뿐만 아니라 수사를 위한 음주측정도 가능하게 되었다. 입법체계상 수사행위로서의 음주측정에 관해 도로교통법으로 규율하는 것이 옳은가하는 문제는 여전히 남아 있지만, 행정행위로서의 음주단속과 수사행위로서의 음주측정을 구별하고 음주운전의 상당한 혐의가 있는 경우로 수사개시요건을 제한하고 있다는 점에서 그 의의는 있다.

2. 음주측정에 관한 토로교통법의 규율내용

도로교통법 제41조 제2항은 - 앞에서 본 바와 같이 - 경찰공무원에게 필요한 경우 음주측정을 할 수 있는 권한과 운전자에게는 음주측정에 응할 의무를 각각 부여하고 있다. 만일 "술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는" 운전자가 경찰공무원의 음주측정요구에 불응하면 같은 법 제107조의 2 제2호에 의하여 음주운전죄와 동일한 형인 "2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금"에 처하도록 되어 있다. 최근 대법원 판례[16]에 의하면, 여기서 '측정'이란 "호흡을 채취하여 그로부터 주취의 정도를 객관적으로 환산하는 측정방법, 즉 호흡측정기에 의한 측정"으로 이해하고 있다. 호흡검사에 불응하면 바로 음주측정불응죄가 성립한다는 의미이다. 즉, 대법원은 본 판결을 통해 우리의 도로교통법이 음주측정방법과 관련하여 기본적으로 호흡검사방법을 원칙으로 하고 있음을 분명히 밝힌 것이다.

혈액검사방법에 의한 음주측정은 도로교통법 제41조 제3항의 해석상 단지 예외적으로 행해질 수 있을 따름이다. 도로교통법 제41조 제3항은 호흡경사방법에 의한 음주측정의 "결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다"고 되어있다. 따라서 혈액검사는 운전자가 호흡검사방법에 의한 음주측정에 응

16) 대법원 2000.4.21 선고 99도5210 판결

한 다음 그 결과에 불복하는 경우에 예외적으로 당사자의 동의하에 행해질 수 있도록 되어 있다. 즉, 운전자의 측면에서 볼 때 ① 호흡검사에 응하고, ② 음주측정결과에 불복하고, ③ 혈액검사(채취)에 동의하는 예외적 상황이 전제되고 있다.

물론 이러한 불복상황이 존재하더라도 경찰공무원이 '반드시' 혈액검사를 실시할 의무는 없다. 이와 관련하여 대법원 판례 중에는 음주측정기에 의하여 최초로 측정한 결과와 2차, 3차 측정결과가 아주 다르게 나오자 운전자가 채혈검사를 하자고 강력히 항의한 경우에 "최초 측정에 사용하였던 음주측정기가 정상적으로 작동되는 것인지 여부를 확인하거나 채혈검사를 시행하여 보는 등으로 그 측정수치가 올바른 것인지 여부를 확인하기 위한 필요조치를 취하였어야" 한다고 판시한 바 있다.[17]

그러나 이 판례에서도 경찰공무원이 채혈검사를 '반드시' 시행해야 할 의무가 있다고 보고 있는 것은 아니다. 판결이유의 문맥상 경찰공무원이 음주측정기가 정상적으로 작동되는 것인지 여부를 확인하였다면, 채혈검사를 시행하지 않아도 된다는 해석도 가능하기 때문이다. 결과적으로 경찰의 입장에서 볼 때는 자신이 사용하는 호흡주입식 음주측정기가 정상적으로 작동하는 것이 아니라는 합리적 의심이 들 때에만 예외적으로 - 물론 운전자의 동의하에 - 혈액검사를 실시할 의무가 있는 셈이다.

Ⅳ. 형사절차법적 관점에서 드러나는 구체적인 문제점

1. 음주측정기 사용상의 주의사항

호흡검사방법에 의한 혈중알콜농도의 측정에 있어서 그 정확성을 기하

17) 대법원 1995.11.17 선고 94가단151823 판결.

기 위해서는 무엇보다 측정기 사용자(경찰공무원)의 세심한 주의가 필요하다. 호흡주입식 측정기의 조작방법 자체는 그렇게 어려운 일은 아니나, 정확한 혈중알콜농도의 측정을 위해서는 측정기 사용에 있어서 사용자가 반드시 준수해야 할 주의사항이 있다.[18]

즉, 측정을 하기 전에 호흡주입식 측정기내의 알콜 감지장치(Full Cell)에서 알콜성분을 완전히 제거하여야만 한다는 사실이다. 측정기에 이미 채취한 알콜성분이 조금이라도 남아있는 경우에는 정확한 음주측정이 불가능하기 때문이다. 측정기에서 알콜성분을 제거하려면 먼저 소거버튼(Set Button)을 누르고 5분 정도가 경과되어야 한다. 알콜성분의 제거 여부에 대한 판단은 측정버튼(Read Button)을 눌러 주취상태를 표시하는 수치가 "0"이 나오는지 보면 확인할 수 있다. 그러나 이와 같이 확인을 한 경우라도 아직 Full Cell에 알콜성분이 남아있을 가능성 때문에 30분 이상의 시간이 경과된 후에 사용하는 것이 좋다. 또한 정확한 혈중알콜농도를 측정하기 위해서는 피검사자의 폐 속 깊숙한 곳에서 호흡된 공기를 측정하여야 한다. 내쉬는 숨 속에 들어있는 알콜은 장에서 흡수되어 혈액으로 들어간 것의 일부로서 폐 속에서 들이마신 공기와 폐동맥이 접촉하는 동안 혈액에 녹아있던 알콜이 공기로 빠져 나오는 것이기 때문이다. 그런데 측정하기 직전에 술을 마신 사람을 측정할 때에는 입안에 남아 있는 알콜이나 위에서 토해진 공기를 측정하게 되므로 실제의 혈중알콜농도보다 높은 측정치를 얻게 된다. 따라서 이러한 경우로 판단되면 약 15분 정도 기다렸다가 재측정을 하여야 정확한 음주상태를 측정할 수 있게 된다.

경찰들은 이런 사용규칙을 기본적으로 숙지하고 올바른 방법으로 음주측정을 하도록 교육받고 있다. 그러나 측정기 사용자가 의식적으로(故意로) 또는 무의식적으로(無知로 인해) 음주측정기의 사용규칙을 제대로 준수하지 못할 가능성이 있다는 점이 문제다. 이와 같이 음주측정을 함에 있

18) 대법원 1999.2.20 선고 91노1452판결 참조.

어서 측정기 사용자에게 분명한 잘못이 있는 경우, 그 측정결과가 증거능력이 없음은 당연하다.[19]

그러나 여전히 남는 문제는 사용자(경찰공무원)의 잘못이 분명하게 드러나지 않는 경우 그 부담이 고스란히 피검사자에게 돌아갈 수밖에 없다는 사실이다. 즉. 피검사자의 입장에서 보면 음주측정을 하는 경찰공무원의 '공정성'과 '객관성' 및 '측정기 사용규칙의 세심한 준수'에 목을 베는 형국이다. 물론 피검사자가 호흡검사방법에 의한 측정결과에 불복하는 경우 혈액검사를 요구할 수 있으나, 혈액검사를 시행할 것인지의 여부는 결국 담당 경찰관에게 달려 있다. 즉, 그의 '배려'가 있어야 가능하다.

혈액검사방법이 아닌 호흡검사방법에 의한 혈중알콜농도의 측정을 기본으로 하고 있는 우리의 법제도하에서 측정기 사용자의 자의성과 주관성 및 사용상의 미숙함으로 야기되는 문제는 분명히 해결해야 할 과제에 속한다. 지금까지는 사실상 음주측정을 하는 재게 경찰공무원의 '善意'에 전적으로 의존하고, 단지 사용방법상의 명백한 오류가 발견된 경우에 한하여 판례에 의해 그 측정결과의 증거능력이 배제되는 방식으로 문제를 해결해 왔다고 볼 수 있다. 그러나 정확한 혈중알콜농도의 측정을 위하여 음주측정기의 사용규칙을 철저히 준수할 필요가 있으므로 하위법령에라도 이러한 사용규칙을 명시하는 것도 입법론적으로 충분히 고려해 봄직 하다. 음주측정이 단순한 행정행위를 넘어 수사행위, 즉 국가의 강력한 공권력의 행사일 수 있음을 염두에 둔다면, 음주측정기의 사용규칙에 대한 보다 세세한 규율이 필요하다.

2. 호흡검사 優先主義와 음주측정불응의 죄

우리나라는 혈중알콜농도를 측정하는 방법 중에서 호흡검사를 원칙으로

19) 하급심 90고단398판결(하집 1990-3, 458), 98구9300판결(하집 1998-2, 435) 참조.

하고 있음은 이미 살펴보았다. 그런데 호흡주입식 음주측정방법은 피검사자의 자발적인 협조없이는 불가능하다. 피검사자가 숨을 세게 내쉬지 않는 한, 음주측정을 강제할 수 있는 방법은 사실상 없다. 그러나 경찰공무원의 음주측정(호흡검사)요구에 불응하면, 곧바로 음주측정불응죄가 성립하므로 피검사자가 음주측정에 응하도록 간접적으로 강제하고 있는 셈이다. 우리 도로교통법은 호흡경사가 혈액검사에 비하여 용이하고 편리하고 경제적이라는 장점이 있어 이 방법을 음주측정의 기본방법으로 삼는 한편, 피검사자의 자발적 협조없이는 호흡검사에 의한 음주측정이 불가능하다는 단점이 있어 음주측정불응죄를 두어 호흡검사에 협조를 하지 않으면 안 되도록 한 것이다.

음주측정요구에 불응한다는 것은 음주운전의 사실을 숨기려는 의미로 이해하여 - 즉, 음주운전의 사실이 없으면 음주측정요구에 응하지 않을 리가 없다는 점에서 - 음주운전죄에 상응하게 처벌한다는 것은 이해할 수도 있는 일이다. 그러나 측정불응의 전제조건인 측정요구의 방식 및 횟수 등에 관한 절차법적 규율이 미비한 상태에서 경찰관의 반복적인 음주측정요구일지라도 이에 불응하면 곧 음주측정불응죄가 성립한다는 것은 문제가 적지 않다. 예를 들어 경찰공무원이 동일한 운전자에게 3차에 걸쳐 음주측정을 한 후에도 음주여부를 확인할 수 없자 다른 음주측정기로 측정요구를 재차한 경우에도 이에 불응하면 음주측정불응죄가 성립할 수 있다.[20]

또한 운전자가 음주측정요구에 불응했다는 사실에 대한 입증도 재판과정에서 문제가 될 수 있다. 단지 담당 경찰관의 법정증언이나 음주운전자적발보고서 및 단속경위서의 기재사실만으로도 피고인의 음주측정불응사실이 증명된다고 볼 것인가 아니면 피고인이 음주측정요구에 불응하는 모습을 사진촬영 내지 CC-TV 촬영 등의 방법을 동원하여 확실한 증거를 수집해야 하는가? 예를 들어 피고인이 자신은 음주측정기를 처음 불어보

20) 대법원 1992.4.28 선고 92도220 판결.

는 것이라서 그 사용법을 몰라 1, 2차 측정당시 숨을 내쉬지 않고 들이 마셨다가 음주측정불응죄라고 하자 다시 불겠다고 하였으나 담당 경찰관이 이를 묵살했다고 주장하는 경우[21]를 상정해 볼 수 있다. 이 문제는 결국 '음주측정불응'을 구체적으로 어떻게 정의할 것인가의 문제로 귀착된다. '측정불응'의 뜻이 명시적 불응의사 없이 숨을 충분히 내쉬지 않음으로써 측정이 불가능하게 하는 것도 포함하는 것은 분명하지만, 구체적으로 몇 회에 걸쳐 이와 같은 행위를 반복할 때 측정불응에 해당하는지에 대해서 절차법적으로 명확하게 규율할 필요가 있다. 단지 1차 측정요구에 이처럼 숨을 충분히 내쉬지 않았다고 해서 곧 음주측정불응죄가 성립한다고 볼 수는 없기 때문이다.

또한 음주측정불응죄는 可罰性의 확대 위험을 지닌 罪刑法規라는 비판을 받을 수 있다. 우선 실체법적 관점에서 볼 때 음주측정요구에 단순히 불응하였다는 사실의 행위불법과 행위책임이 음주운전죄의 그것과 반드시 동일하다고 말하기는 어렵기 때문이다. 운전자가 음주측정요구에 불응하는 이유도 단순히 자신의 음주운전사실을 감추려는 의도에서 나온 행동일 가능성이 높은 것은 사실이지만, 그렇지 않은 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 예를 들어 음주측정을 요구하는 경찰관의 거친 행동과 말투가 싫어서 또는 반복적인 측정요구에 화가 나서 불응하는 경우도 있다. 또한 실체로는 혈중알콜농도가 0.05% 이하인데도 음주운전에 해당하는지 알고 겁을 먹어 측정요구에 불응하는 경우도 생각해 볼 수 있다. 이러한 예에서 알 수 있듯이 정화한 혈중알콜농도의 측정(혈액검사)을 위한 수사기관의 진지한 노력 없이 단지 운전자가 음주측정(호흡검사)요구에 불응한 행위에 대해서 음주운전과 동일하게 처벌하는 것은 국가 형벌권의 지나친 확대로 이어지는 결과가 될 수 있다.

---

21) 대법원 2000.1.14 선고 99도3576 판결의 사실관계를 변형시킨 것임.

3. 음주측정의 강제수사 여부와 영장주의

음주측정(호흡검사)의 강제수사 여부도 논란이 되고 있다. 헌법재판소는 호흡검사에 의한 음주측정과 관련하여 “당사자의 협력이 궁극적으로 불가피한 측정방법을 두고 강제처분이라고 할 수 없다”는 결정을 내린 바 있다.[22]

호흡검사에 의한 혈중알콜농도의 측정은 피검사자의 자발적 협조가 없으면 불가능하기 때문에 그 속성상 ‘강제’될 수 없다는 뜻이다. 수사기관의 물리적 강제력 행사여부에 따라 강제수사와 임의수사를 구분하는 입장에서 볼 때는 타당한 결론이다. 그러나 강제수사의 여부는 수사기관의 처분이 피처분자가 향유하는 기본권을 침해하느냐의 여부에 달려 있다고 보는 입장에서 보면 음주측정(호흡검사)이 강제수사가 될 수도 있다.[23]

만일 ‘혈액검사우선주의’를 채택하고 있다면, 호흡검사는 임의수사로 보는 것이 옳을 것이다. 그러나 우리 도로교통법은 호흡검사방법을 음주측정의 기본방법으로 설정하고 있으며, 이에 불응하면 음주운전죄와 동일하게 처벌하도록 규정하고 있다. 즉, 호흡검사방법에 의한 음주측정요구에 응할 의무를 부여하고 있다. 그렇기 때문에 피검사자의 입장에서 볼 때 음주측정요구에 응하지 않으면 안 되는 상황, 즉 반강제적 상황에 처해 있다.[24]

따라서 호흡검사에 의한 음주측정을 임의적인 수사방법으로 보는 데는 무리가 있다.

이처럼 호흡검사에 의한 음주측정을 강제처분으로 본다면, 헌법상의 영

---

22) 헌법재판소 1997.3.27 선고 96헌가11 결정. 이에 대한 비판은 신동운, 운전종료후의 음주측정불응죄와 영장주의, 저스티스 제30권(1997) 제4호, 150쪽 이하를 참조할 것.

23) 이런 취지에서 신동운, 앞의 글, 154쪽 이하. 신 교수는 이 글에서 호흡검사방법이 시민의 기본권을 침해하는 수사방법임을 주장하면서 “호흡측정의 방법이 미국에서는 채혈검사의 방법과 함께 영장주의를 규정한 수정헌법 제4조의 적용대상인 수색으로 분류되고 있다는 사실은 전혀 놀라울 것이 못된다”라고 말하고 있다.

24) 같은 취지에서 박달현, 음주운전죄의 목적과 음주측정불응죄의 성립요건에 대한 재검토, 비교형사법연구 제2권 2호(2000), 232쪽 이하; 심희기, 음주측정불응죄의 성립 요건과 계속운전의 의사, 형사판례연구 6(1998), 367쪽.

장주의의 적용대상이 된다는 점에서 문제가 더 크다.[25]

이처럼 영장주의의 적용을 받는다면, 경찰이 검찰을 경유하여 영장을 청구(신청)하고 법관이 영장을 발부하기까지는 적지 않은 시간이 소요되기 때문에 현실적으로 음주측정은 불가능해진다고 보아야 한다. 물론 강제수사 여부는 음주측정이 수사행위일 때 논란이 되고 있는 것이며, 무작위 음주단속과 같이 행정행위로서 행해질 때는 수사행위가 아니기 때문에 영장주의의 적용을 받지 않는다. 즉, 여기서 주로 문제가 되고 있는 것은 운전종료 후의 음주측정이다. 그런데 이런 경우에는 운전을 한지 이미 어느 정도 시간이 지난 시점이기 때문에 더욱 신속히 음주측정을 할 필요가 있다.

4. 음주측정을 위한 강제연행

경찰이 음주운전의 혐의가 있는 자를 우연히 발견하였으나 음주측정기를 휴대하고 있지 않을 때 그 용의자(피의자)를 파출소(또는 경찰서)로 강제로 끌고 가 음주측정을 실시할 수 있는지가 문제될 수 있다. 즉, 음주운전 혐의자를 단지 음주측정의 목적으로 그의 의사에 반하여 강제로 연행하는 행위를 적법한 공무집행으로 볼 수 있는가 하는 점이다 음주측정을 위한 강제연행의 형태는 다음 두 가지 경우로 나눌 수 있다. 첫째는 음주운전의 혐의가 짙어 차량을 멈추도록 한 다음 그 운전자를 파출소로 연행하여 음주측정을 하는 경우이다. 예컨대 차선을 지키지 않고 지그재그로 운전하는 차량을 발견한 경찰이 위험예방의 차원에서 차량을 일단 정지시킨 다음, 운전자를 살펴보았더니 술 냄새가 풍겼으나 음주측정기를 휴대하고 있지 않아 혈중알콜농도를 측정할 수 없기 때문에 측정기가 있는 파출소로 그를 강제로 연행하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 둘째는 교통사고가

25) 헌법재판소는 이와 관련하여 운전종료후의 음주측정불응죄의 규정에 대해 음주측정이 강제처분이 아니라는 점에서 영장주의에 위배되지 않는다고 합헌결정을 내린 바 있다(96헌가11).

나서 출동한 경찰이 사고경위를 조사하던 중에 사고운전자에게서 음주혐의를 발견하고 음주측정의 목적으로 측정기가 있는 파출소로 그를 강제로 연행하는 경우이다.

법관의 영장 없이 이루어지는 연행이 적법한 공무집행이 되기 위해서는 현행범체포나 긴급체포 또는 임의동행(동행요구)에 해당하여야 한다. 그런데 경찰이 용의자(피의자)를 그의 의사에 반하여 파출소로 연행하였다면, “임의”동행에 해당할 수는 없다. 또한 음주운전죄는 2년 이하의 징역과 500만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있으므로 긴급체포의 요건인 중대한 범죄(장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 범죄)에 속하지 않기 때문에 단지 음주운전의 혐의가 있다고 해서 ‘긴급체포’할 수도 없다. 물론 앞의 둘째 경우처럼 교통사고가 이미 발생하여 인명피해가 났거나 운전자가 도주하였다가 붙잡혔다면 업무상과실치사(상)죄 또는 도주운전죄가 별도로 성립한다. 음주운전죄와 달리 이러한 범죄의 법정형은 높기 때문에 긴급체포의 ‘중대성’ 요건은 충족할 수 있다. 따라서 업무상과실치사(상) 또는 도주운전의 이유로 ′긴급체포′하여 경찰서로 연행한 다음 여죄인 음주운전혐의를 수사하기 위해 음주측정을 실시할 수는 있을 것이다. 그러나 구속사유가 없음에도 불구하고 단지 음주운전 여부만을 수사하기 위해 ‘긴급체포’ 할 수 없음은 분명하다.

음주측정을 위한 강제연행이 긴급체포에 해당하지 않는다면, 이제 ‘현행범체포’에 해당하는지 살펴볼 필요가 있다. 앞의 첫째 경우처럼 운전 중에 음주혐의가 포착되어 연행된 것이라면 범죄(음주운전)의 “실행 중”에 붙잡힌 셈이므로 현행범이 된다. 교통사고가 이미 발생한 상황(둘째 경우)에서 만일 사고현장(또는 근거리)에 있던 경찰이 즉시 와서 조사를 하던 중 음주운전의 혐의를 포착하였다면 그 운전자는 범죄(음주운전)의 ″실행 직후″에 붙잡힌 것이므로 역시 현행범이 될 수 있다. 그러나 운전을 한 지 이미 상당한 시간이 지난 상태에서 음주운전의 혐의가 발각되었다면 현행범으

로 보기 어렵다.

연행된 운전자가 음주운전의 '현행범'이 될 수 있다고 하더라도, 단순히 음주측정을 하기 위해 강제로 연행한 경찰의 행위가 현행범체포에 해당하여 적법한 공무집행이 되는지에 대한 판단을 하려면 다음 몇 가지 절차법상의 문제점을 짚어보아야 한다. 첫째, 용의자(피의자)에게 음주운전의 구체적 혐의가 있어야 한다. 적어도 그의 태도나 얼굴의 취기 또는 입 냄새 등에 의하여 또는 목격자의 진술에 의하여 그가 술에 취한 상태로 운전하였다는 구체적 혐의를 받고 있어야 한다. 둘째, 경찰은 용의자를 연행할 당시 '그를 현행범으로 체포한다'는 주관적 의사를 지니고 있어야 한다. 음주측정을 위해 편의상 - 즉, 동료경찰에게 연락하여 음주측정기를 급히 가져올 수 있는 등 다른 방법이 있었음에도 불구하고 - 파출소로 연행하려 한 것이지, 그를 현행범으로 체포하려는 의사가 전혀 없었다면 현행범체포라고 말할 수 없다. 셋째, 현행범체포의 요건을 모두 갖추어야 할뿐만 아니라 체포과정에서도 적법한 절차를 밟아야 한다. 즉. 현행범체포요건을 갖추고 있다 하더라도 私人과 달리 수사기관인 경찰이 현행범을 체포할 때는 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지와 체포이유, 그리고 변호인을 선임할 수 있음을 알려주고 변명할 기회를 주어야 한다.[26]

음주측정을 위한 강제연행이 앞에서 열거한 세 가지 관점에서 전혀 절차법상의 위법이 없을 때 비로소 현행범체포로서 적법한 공무집행이 될 수 있다. 그러나 이 중에서 그 어느 하나라도 문제가 있다면 불법한 체포행위가 된다.

그렇다면 이렇듯 불법하게 연행된 상태에서 경찰이 음주측정을 요구하자 운전자가 이에 불응한 경우도 음주측정불응죄의 성립을 인정하여야 하는가의 문제도 실제적으로 중요하다. 운전자가 음주측정요구에 불응하면

26) 대법원 1994.10.25 선고 94도2283 판결.

일단 음주측정불응죄의 구성요건이 모두 충족되므로 그 이전의 불법체포 사실과 상관없이 죄는 성립된다고 볼 수 있다. 그러나 불법체포의 상태에서 경찰의 음주측정요구가 과연 적법한 공무집행이라고 말할 수 있을지 의문이다. 이 경우 경찰의 음주측정요구를 불법체포를 원인으로 한, 즉 위법한 방법에 의한 증거수집행위(증거수집금지)라고 보아 증거능력을 배제할 정책적 필요는 충분히 있다고 생각된다.

5. 혈중알콜농도의 측정을 위한 채혈과 혈액의 압수

혈중알콜농도의 측정을 위하여 혈액검사를 실시하려면 음주운전 용의자의 혈액을 채취하여야 한다. 그런데 우리 나라의 경우 혈액검사차선주의(호흡검사우선주의)를 채택하고 있기 때문에 - 최소한 음주운전과 관련하여 - '강제채혈'로 인하여 법률적으로 문제가 되는 경우는 보기 드문 상황에 속한다. 호흡검사에 의한 음주측정요구에 응하지 않으면 음주측정불응죄가 성립하므로, 경찰이 굳이 '강제적으로' 혈액을 채취할 필요성을 느끼지 않기 때문이다. 혈중알콜농도를 측정하기 위한 혈액검사는 호흡검사결과에 불복하는 피의자가 자발적으로 '요구'할 때 시행되어지는 것이므로 강제적인 방법에 의한 채혈은 이루어지지 않는다는 것이다.

그러나 교통사고가 발생하여 음주운전 혐의자가 重傷을 당하여 의식을 잃고 있거나 병원에서 수술을 받기 위하여 마취된 상태라면 호흡검사를 실시하기 곤란하다. 이처럼 호흡검사가 불가능한 상황에서 음주운전여부를 수사하려면 혈액정사를 실시하는 수 밖에 없다. 이 경우는 용의자의 동의를 받을 수 없는 상황이므로 혈중알콜농도의 측정을 위한 혈액채취는 원칙적으로 '非동의채혈'의 형태로 이루어진다. 즉, '강제채혈'의 문제로 등장한다. 강제채혈의 법적 성질에 대해서는 검증설, 압수수색설, 검증 감정설 및 압수수색·감정설이 대립하고 있다. 그러나 위의 어떤 학설을 취하든지

‘강제적인 혈액채취’는 법관의 영장(또는 감정처분허가장)이 있어야 허용된다는 점에 있어서는 異見이 없다. 그러므로 법관의 영장없이 행해지는 혈액채취는 위법하다.

그런데 경찰이 법관에게 ‘채혈을 위한 영장’을 신청하여 영장이 발부되기까지는 적지 않은 시간이 소요된다는 점이 큰 문제다. 사람의 혈중알콜농도는 시간이 흐르면 희석되므로 신속하게 혈액검사를 해야 되기 때문이다. 현재 영장신청에서 영장발부까지 소요되는 평균시간을 고려해보면, 강제적인 채혈에 의한 혈액검사방법을 통한 혈중알콜농도의 측정은 현실적으로 불가능하다는 결론에 이를 수 있다. 다만, 경찰이 음주운전을 수사하기 위하여 병원에서 간호사가 진료목적으로 이미 채취한 환자(용의자)의 혈액가운데 일부를 건네 받아 혈액검사를 실시한 경우에는 간호사가 경찰에게 환자의 혈액을 임의로 제출한 것이므로 형사소송법 제218조에 따라 영장주의에 위배되지 않는다는 대법원판례가 나왔다.[27]

병원에서는 교통사고로 중상을 당해 입원한 환자의 혈액을 진료목적으로 채취하는 경우가 일반적이므로, 이 판결대로라면 경찰은 간호사(또는 의사)의 혈액채취만을 기다렸다가 그 일부를 임의제출의 형태로 압수하면 간단하게 문제가 해결되는 셈이다. 이처럼 ‘강제채혈(혈액의 강제채취)’의 문제를 ‘혈액압수’의 문제로 ‘우회’하려는 시도는 영장주의와 적법절차의 원칙에 비추어 볼 때 결코 바람직한 것은 아니다. 특히 병원에서 보관 중인 혈액은 의료인의 압수거부권, 즉 압수금지의 강한 보호아래 놓여져야 한다는 형사소송법 제112조의 입법취지[28]와 환자의 ‘혈액정보지배권’을 보호해야 한다는 헌법적 요청[29]까지 함께 고려할 때 더욱 그러하다. 물론

---

27) 대법원 1999.9.3 선고 98도968 판결

28) 한영수, 음주측정을 위한 ‘동의없는 채혈’과 ‘혈액의 압수’. 형사판례연구 9(2001), 353~376쪽.

29) 이상돈, 혈액압수와 정보지배권, 저스티스 제34권 제4호(2001), 232쪽 이하와 사례연습 형사소송법, 제2판(2001), 177쪽 이하를 참조.

간호사가 형사소송법상의 압수거부권을 행사한다면, 경찰의 혈액압수는 - 설사 경찰이 법관으로부터 채혈을 위한 영장을 발부 받았다고 하더라도 - 불가능하다. 그러나 우리 나라의 의료인이 이러한 상황에서 압수거부권을 행사할 가능성은 그렇게 크지 않다.

앞의 대법원판례는 한편으로는 음주운전의 용의자로부터 '신속히' 음주측정을 실시해야 할 현실적 필요성(수사편의, 실체적 진실발견)과 다른 한편으로는 강제채혈을 하기 위해서는 법관의 영장을 발부 받아야 하는 절차상의 번거로움과 까다로움(적법절차준수, 영장주의)으로 인해 야기되고 있는 수사기관의 딜레마를 여실히 드러내주고 있다고 생각된다. 이러한 딜레마는 음주측정을 위한 강제(非동의)채혈에 관한 절차규정이 미비한데서 그 원인을 찾을 수 있다. 즉, 무엇보다 신속한 혈액채취가 요구되는 강제채혈에 있어서 영장주의의 예외규정이 전혀 없다는 점이 문제가 되고 있다.[30]

6. 위드마크 공식을 사용함에 있어서 그 전제되는 사실에 대한 증명

위드마크 공식은 음주량과 음주시각 체중 등의 사실을 기초로 운전 당시의 혈중알콜농도를 추산하는 '경험법칙'의 일종이다.[31]

음주운전이 도주운전의 주요동기인 점을 고려할 때, 뒤늦게 붙잡혀 호흡검사나 혈액검사를 실시할 수 없는 도주운전자의 음주운전 여부를 수사하기 위해서는 이렇듯 경험법칙에 의한 혈중알콜농도의 추정이 불가피한 측면이 있다. 대법원도 "음주운전에 있어서 운전 직후에 운전자의 혈액이나 호흡 등 표본을 검사하여 혈중알콜농도를 측정할 수 있는 경우가 아니라

30) 예컨대 압수 수색의 경우 형사소송법 216조와 217조에 따른 영장주의의 예외가 인정되듯이 '긴급채혈'을 허용하고, 필요한 경우 사후영장을 청구하도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

31) 한창호, 위드마크 공식에 의한 주취정도의 인정에 관하여, 형사재판의 제문제, 제3권(2000), 366쪽.

면 소위 위드마크 공식을 사용하여 수학적 방법에 따른 계산결과로 운전 당시의 혈중알콜농도를 추정할 수 있(다)"고 보았다.[32]

그러나 이처럼 "범죄구성요건사실의 存否를 알아내기 위해 과학공식 등의 경험칙을 이용하는 경우에는 그 법칙 적용의 전제가 되는 개별적이고 구체적인 사실에 대하여는 엄격한 증명을 요한다"는 점도 아울러 분명히 밝히고 있다.

앞서 이미 설명한 바 있듯이 위드마크공식[Ct=A÷(P×R)-Bt]을 적용하려면, 운전자의 음주량(A), 체중(P), 음주시각(t)은 물론 性別과 體質 및 음주습관에 따라 편차가 있는 몸의 수분비율(R)과 시간당 알콜분해량(B)이 정확히 얼마나 되는지에 대한 증명이 선행되어야 한다. 위드마크 공식을 적용하여 추산된 혈중알콜농도는 사실상 범죄사실(음주운전)의 存否를 결정한다. 따라서 위드마크공식을 적용함에 있어서 그 전제되는 사실의 증명은 '자유로운 증명'으로 족하지 않고, '엄격한 증명'에 의하여야 함은 당연한 일이다. 예컨대 피고인 또는 목격자의 진술이나 음식점(주점)의 매출전표 등 증거능력 있는 증거에 의하여 음주량이나 음주시각 등에 대해서 엄격한 증명이 이루어져야 한다는 것이다.

그런데 피고인의 음주량이나 체중 및 음주시각 등에 대해서는 객관적 증거를 확보하기 불가능하지는 않지만, 분해상수 R과 시간당 알콜분해량 B의 값은 개인의 체질에 따라 다양한 편차가 존재하기 때문에 객관적으로 정확히 산출하기 어렵다는 문제를 안고 있다. 대법원은 이 문제와 관련하여 최근 다음과 같은 판결을 내린 바 있다 아무런 논거 없이 R의 같을 남녀의 평균수치에 근접한 수치(예: 남자는 0.7)로 정하고, B의 값도 그 평균치인 0.015%로 정하여 위드마크 공식을 적용하여 산출한 혈중알콜농도는 증거능력이 없으나,[33] 음주량이나 음주시각 및 체중 등에 대한 엄격한 증

32) 대법원 2000.11.10 선고 99도5541 판결; 대법원 2000.10.24 선고. 2000도3307 판결; 대법원 2000.6.27 선고, 99도128 판결.
33) 대법원 2000.10.24 선고 2000도3307 판결.

명이 있었다는 전제하에 이미 알려진 신빙성 있는 통계자료 중 피고인에게 가장 유리한 것을 대입하여 위드마크 공식에 따라 혈중알콜농도를 추정할 경우에는 증거능력이 있다고 보았다.[34]

예컨대 성, 비만도. 나이, 신장, 체중 등에 의한 영향을 받는 R의 값을 0.86(일반적으로 남자는 0.52~0.86으로 나옴)으로 하고, 섭취한 알콜의 量을 계산할 때에는 가장 낮은 수치인 70%(알콜은 胃에서 소화되기 전에 이미 10~30%가량 소실된다고 함)만이 체내에 흡수된 것으로 보고, 시간당 알콜분해량(B)은 0.03%(일반적으로 0.008~0.030%이라 알려짐)로 가장 높게 보아 계산하여도[35] 혈중알콜농도가 0.05%를 초과하였다면, "음주운전의 공소사실에 대한 충분한 증명에 이르렀다"고 판단하고 있는 것이다 확실히 그 값을 알 수 없는 경우에는 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'의 원칙에 따라 평균치가 아닌 가장 유리한 값을 위드마크 공식에 대입하라는 것이다.

대법원의 견해를 따른다면, 이와 같이 위드마크 공식을 적용하여 음주운전의 유죄판결에 이르기 위해서는 ① 그 전제되는 개별적이고 구체적인 사실(음주량, 음주시각, 체중)에 대해서는 '엄격한 증명'이 있어야 하고, ② 개인마다 편차가 존재하는 분해상수(R)나 알콜의 체내흡수량 및 시간당 알콜분해량 등에 관해서는 이미 알려진 기존의 연구결과 중에서 피고인에게 가장 유리한 값을 대입하여야 한다. 첫째(①) 조건, 즉 위드마크 공식과 같은 경험법칙을 적용함에 있어서 그 전제되는 사실은 증거능력 있는 증거에 의하여 증명되어야 함은 당연한 것이다. 다만, 둘째(②) 조건이 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'의 원칙에 정확히 부합한다고 볼 수 있는지는 의문이 든다. 위드마크 공식 적용의 전제사실인 몸의 수분비율, 알콜

34) 대법원 2000.11.10 선고, 99도5541판결: 대법원 2001.8.21 선고, 2001도2823 판결.
35) 만일 운전종료 후 일정시점이 경과한 후에 음주측정이 이루어져 운전당시의 혈중알콜농도를 역추산하는 경우라면 Bt의 값이 낮을수록 피고인에게 유리하므로 반대로 0.008%를 적용하여 계산하여야 한다.

의 체내흡수량 및 시간당 알콜분해량 등이 '의심스러울' 때, 기존 연구결과의 가장 유리한 값을 대입하여 유죄판결을 내리기보다, 아예 무죄선고를 내려야 된다고 말할 수도 있다. 왜냐하면 피고인의 범죄사실이 개연적이긴 하지만 여전히 일말의 합리적 의심이 남은 경우에 법원은 무죄선고를 하여야 한다는 것이 '의심스러울 때는 피고인의 유익으로'의 원칙이기 때문이다.[36]

Ⅴ. 입법론적 해결방안의 모색

현재와 같이 호흡검사를 음주측정의 기본방법으로 정하고 혈액검사는 단지 보충적으로 활용하는 제도를 계속 유지하면서 이에 따라 발생하는 절차법상의 여러 문제점을 개별적으로 해결해 나가는데는 한계가 있다고 생각한다. 따라서 음주측정방법을 '혈액검사우선주의'로 근본적으로 전환하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다. 물론 현실적으로 호흡검사가 혈액검사에 비해 훨씬 간편하고 비용과 시간 및 (수사)인력의 소모가 적기 때문에 '혈액검사우선주의'로의 전환을 관철할 수 있을 지는 의문이다. 여기서는 이러한 현실적 문제점을 함께 고려하면서 입법론적 관점에서 음주측정의 법체계를 종합적으로 기획해보고자 한다.

1. 혈액철사를 요구할 수 있는 권리

음주측정방법과 관련하여 필자가 구상하고 있는 가장 기본적인 내용은 '호흡검사를 통한 음주측정'결과에 불복하는 경우 '혈액검사를 통한 음주측정'을 받도록 하자는 데 있다. 이를 위해서는 현재 우리 도로교통법 제41

36) 배종대/이상돈(공저), 형사소송법 제4판(2001), 645쪽.

조 제3항은 “결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다”고 되어 있는데, 이 규정을 약간 바꿔 “…혈액채취의 방법으로 다시 측정한다”로 개정하면 된다. 피검사자가 호흡검사결과에 불복하고 혈액검사를 원하는 경우 경찰에게 - 이유불문하고 - 혈액채취의 방법으로 음주측정을 다시 할 의무를 부여하자는 것이다.

물론 운전자가 호흡검사결과에 불복하지 않은 경우라면 그 음주측정결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있음은 당연하다. 그러나 운전자가 경찰의 호흡검사결과를 신뢰하지 못하는 경우 혈액검사를 다시 받아 정확한 혈중알콜농도를 측정할 수 있는 기회를 제공함으로써 경찰의 왜곡측정을 어느 정도 방지할 수 있도록 하자는 데 그 취지가 있다. 이처럼 호흡검사결과에 불복하는 운전자에게 혈액검사를 받을 수 있는 권리를 부여한다면, 음주단속경찰은 음주운전용의자를 병원에 데리고 가서 채혈을 하여야 하는 부담을 지게 되는 것은 사실이다. 이에 필요한 경찰의 인력과 시간의 소모가 적지 않을 것이다. 그러나 경찰이 호흡주입식 음주측정기 사용상의 주의사항을 조금이라도 지키지 않을 때 왜곡된 결과가 나을 수 있다는 점을 고려한다면 실체적 진실발견을 위해서라도 이 정도의 불편과 비용을 수사기관이 부담하는 것이 옳다고 생각한다.

2. 긴급채혈을 위한 절차규정의 마련

교통사고로 의식불명상태에 빠진 경우와 같이 호흡검사에 의한 음주측정을 실시할 수 없는 상황이라면 수사기관이 환자의 동의 없이 - 환자의 건강에 해롭지 않다는 전제하에 - 긴급히 혈액을 채취할 수 있는 가능성을 부여하는 방안도 필요하다고 본다. 음주측정을 위한 긴급채혈, 즉 영장없이 채혈할 수 있는 가능성을 법률적으로 허용하는 방안이 필요하다. 이것

은 결국 강제채혈의 문제이므로 도로교통법보다는 형사소송법에 採血(採尿까지 포함한 體內檢査)에 관한 규정을 도입하는 것이 좋다고 생각한다.

비교법적 고찰이 가능하도록 체내검사(강제채혈)에 관한 독일 형사소송법 제89a조[37]를 여기서 간단히 소개해 보고자 한다:

① 피의자에 대한 신체검사(Körperliche Untersuchung)는 소송에 필요한 사실을 입증하기 위해서 실시될 수 있다. 이런 목적으로 의사에 의해 일반적인 검사목적의 의술로 행해지는 혈액채취와 여타 체내검사(Körperliche Eingriffe)는 건강을 해칠 위험이 없는 한 피의자의 동의없이 허용될 수 있다.

② 체내검사명령은 법관이 하며, 다만 지체하면 검사목적을 달성하지 못할 위험이 있을 경우에는 검사나 그의 보좌관(법원조직법 제152조)도 할 수 있다.

③ 피의자에게서 채취한 혈액과 그 밖의 신체조직은 오직 당해 형사사건이나 계류중인 관련사건에만 사용될 수 있다; 더 이상 필요하지 않게 된 경우에는 즉시 폐기처분해야 한다.

독일 형사소송법 89a조는 혈액채취를 비롯하여 체내검사를 할 경우에는 단순한 신체검사와는 달리 일반화된 의술로 의사가 시행하여야 하고, 체내검사가 피의자의 건강에 위협을 주어서는 안 되며(①항), 권한 있는 자의 체내검사명령이 있어야 하며(②항). 다른 목적으로 사용하지 못하도록 하고 있다(③항). 여기서 관심을 끄는 부분은 체내검사를 명령할 권한이 원칙적으로 법관에게 있지만, 긴급을 요하는 경우에 한해서 검사와 그의 보좌관에게 예외적으로 체내검사를 명령할 권한을 부여하고 있다는 점이다. 이때 검사(채혈)명령은 서면으로 할 필요 없이 구두로도 얼마든지 가능하도록 되어 있다. 이처럼 법관의 영장 없이도 강제채혈이 가능하도록 하고

37) 독일의 체내검사 규정에 대한 상세한 설명은 한영수. '위법하게 수집된 증거'에 관한 독일의 이론과 판례, 판례실무연구 Ⅲ(1999), 286쪽 이하

있는 것은 독일이 엄격한 영장주의를 취하고 있지 않은 탓이다. 반면, 우리 헌법은 강제처분을 하려면 법관의 영장을 받도록 규정하고 있기 때문에 이와 같은 독일의 체내검사규정을 그대로 도입할 수는 없다. 그러나 시기를 놓치면 혈액검사 자체가 무의미해질 수 있는 긴급한 상황에서 예외적으로 영장 없이 혈액을 채취할 수 있도록 할 필요가 있음은 이미 앞에서 언급한 바 있다. 이를 위해서 독일 형사소송법 제89a조의 제1항 및 제3항과 비슷하게 체내검사규정을 두되, 제2항은 긴급을 요하는 경우에 한하여 체내검사를 미리 실시할 수 있도록 소위 '긴급채혈'규정을 두는 것이 좋다고 생각한다.

우리 형사소송법의 구체적인 개정방법은 다음과 같다. 우선 형사소송법 제139조를 "법원은 사실을 발견함에 필요한 때에는 검증과 체내검사를 할 수 있다"로 고치고, 제139조의 2[체내검사의 관한 주의]를 신설하여 "① 체내검사는 전문의료진에 의해 일반적으로 승인된 의료방법으로 행해져야 하며, 피검사자의 건강을 해칠 위험이 없는 경우에 한해 인정된다. ② 피의자에게서 채취한 혈액과 그 밖의 신체조직은 오직 당해 형사사건이나 계류중인 관련사건에만 사용될 수 있으며, 더 이상 필요하지 않게 된 경우에는 즉시 폐기처분한다."로 규정한다. 그리고 제215조의 1항과 2항에 규정된 압수, 수색, 검증에 각각 '체내검사'를 추가하고, 215조의 2(또는 제215조 3항)를 신설하여 "체내검사를 함에 있어서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없을 때에는 영장없이 실시할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다."로 규정한다. 마지막으로 준용규정인 219조에 139조의 2를 첨가한다.

물론 이와 같이 영장 없는 긴급채혈(체내검사)을 허용하더라도 수사기관이 강제채혈을 하기 위해서는 수사의 일반원칙에 따라 강제채혈의 필요성과 상당성이 인정되어야 함은 해석론상 당연하다. 음주측정을 위한 채혈의 경우 구체적으로 음주운전의 혐의가 분명히 드러날 경우에 한하여 이

와 같은 긴급채혈이 가능하다는 것이다.

3. 음주측정불응죄에 대한 법정책적 검토

호흡검사와 혈액검사에 의한 음주측정에 대한 피검사자의 반응을 기준으로 구분하면 다음의 <표 3>과 같은 경우의 수로 나타날 수 있다:

<표 3> 음주측정방법에 대한 피검사자의 태도(반응)

피검사자의 태도(반응)	호흡검사	혈액검사
1	응 함	요구하지 않음
2	응 함	요구함
3	불 응	요구하지 않음
4	불 응	요구함

피검사자의 태도 1의 경우가 바로 전형적인 임의수사에 해당한다. 이처럼 음주운전의 용의자가 호흡검사에 응하였고 그 결과에 승복한 경우에는 임의수사원칙에 따라 강제채혈을 통한 음주측정을 실시할 수는 없다고 보아야 한다. 즉. 음주측정을 위한 강제채혈은 호흡검사에 의한 음주측정이 불가능하고 음주운전의 용의자가 혈액채취에 동의하지 않는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 그런데 경찰이 음주측정기를 휴대하고 있지 않기 때문에 호흡경사를 실시할 수 없는 경우는 여기서 말하는 '호흡검사에 의한 음주측정이 불가능한 상황'에 속하지 않는다. 이때는 동료경찰로 하여금 음주측정기를 가져오게 할 수 있기 때문이다. 음주운전의 용의자를 음주측정기가 있는 파출소나 경찰서로 강제연행할 수 있는가의 문제는 현행범체포와 긴급체포의 일반원칙에 따라 해결하면 된다. 즉, 용의자가 운전 중(또는 직후)에 단속을 받은 경우라면 음주운전의 현행범으로 체포하여 연

행할 수 있으며, 교통사고를 내고 도주하였다가 뒤늦게 붙잡힌 경우라면 도주운전의 죄로 '긴급체포'한 것이므로 경찰서나 파출소로 연행할 수 있다. 이때 경찰은 체포의 적법절차를 준수하여야 함은 물론이다.

피검사자의 태도 2의 경우는 앞에서 이미 필자가 제안한 바대로 도로교통법 제41조 제3항을 개정한다면 피검사자의 정상적인 불복방법으로 인정되며, 수사기관은 이에 응할 의무가 있다. 그러나 피검사자의 태도 3의 경우처럼 피검사자가 호흡검사에는 응하지 않고 혈액검사만을 요구한다면 수사기관이 역시 이에 응할 의무가 있는가 하는 문제는 현재의 수사현실에 비추어 이로 인해 파생할 부작용도 함께 판단할 필요는 있다. 경찰이 도로통행을 막고 무작위단속을 하는 경우 대부분의 운전자가 호흡측정을 거부하고 혈액검사를 요구한다면 현실적으로 이러한 요구를 모두 들어줄 수는 없기 때문이다. 그렇다고 하여 현재와 같이 음주측정불응죄를 인정하는 것은 법정책적으로 볼 때 바람직하지 못하다. 음주단속이 위험예방을 위한 행정행위라는 점을 고려한다면 호흡검사요구에 불응하는 것에 대해서는 과태료(범칙금)와 별점부과라는 행정제재를 가하는 것이 옳다. 즉, 피검사자가 호흡검사에는 불응하면서 혈액검사를 요구하는 경우에 호흡검사불응에 대해서는 행정제재를 가하는 한편, 수사기관은 혈액검사요구에 응하여야 할 의무가 있다고 보아야 한다. 이렇게 되면 피검사자가 무조건 호흡검사를 거부하고 혈액검사만을 요구하지는 않게 될 것이다.

그러나 피검사자의 태도 4의 경우처럼 피검사자가 모든 음주측정을 막무가내 거부한다면 다음과 같은 두 가지 대응방법이 있다고 생각한다. 첫째는 호흡검사불응에 대해서는 행정제재(과태료와 별점부과)를 과하고, 앞에서 제안한 대로 강제채혈규정을 두어 강제적으로 혈액을 채취하여 혈중알콜농도를 측정하는 방법이다. 둘째는 음주측정불응죄를 인정하는 방법이다. 그러나 수사기관에 의한 강제채혈이 가능하다면, 호흡검사에 의한 혈중알콜농도의 측정은 임의수사방법으로 전환되어야 하는 것이 논리적이므

로 첫째 방법이 법정책적으로 바람직하다고 생각한다.

만일 음주측정불응죄를 지금과 같이 유지한다면,[38] 측정불응의 의미와 측정요구의 방법 및 횟수에 대한 세밀한 절차규정을 둘 필요가 있다. 예컨대 동일한 장소에서 3회에 걸쳐 음주측정요구에 불응할 때 음주측정불응죄가 성립한다고 보아야 하며, 음주측정요구도 동일한 장소에서 3회까지만 할 수 있도록 그 횟수를 제한하여야 한다. 무작위 음주단속의 경우와 달리 운전 종료 후의 음주측정의 때에는 '음주운전의 상당한 혐의'가 있어야 측정요구를 할 수 있다. 따라서 이 경우에는 목격자의 진술이나 간단한 '현장주취검사'[39]에 의하여 음주운전의 구체적 혐의가 확보되었을 때에 한하여 음주측정불응죄의 성립을 인정하여야 할 것이다. 경찰의 자의적인 음주측정권 행사를 방지하기 위함이다. 다른 한편, 음주운전의 용의자가 호흡검사방법에 의한 음주측정결과에 불복하여 혈액검사를 받기 위해 병원으로 가던 중 도중에 마음이 바뀌어 혈액채취를 거부하는 경우에는 음주측정불응죄가 성립하지 않고, 호흡검사결과에 따라 음주운전죄가 성립한다고 보아야 한다.

4. 위드마크 공식에 따른 추산방법의 제한적용

앞에서 살펴본 바 있듯이 현재까지의 대법원판례는 위드마크 공식에 의한 혈중알콜농도의 추산방법을 원칙적으로 인정하되, 그 적용은 제한하여 왔다.[40]

정책적으로 볼 때 음주운전으로 사고를 내고 도주했다가 붙잡힌 경우나

---

38) 필자는 음주측정불응죄의 유지에 대해서 반대하는 입장이다.

39) 직선보행검사, 코 만지기 검사. 변형된 차렷자세 검사, 다리 균형 검사, 손가락 세기 검사, 알파벳 암송 또는 기록 검사, 거꾸로 숫자 세기 검사 등의 예를 들 수 있다. 이점에 관하여 자세한 설명은 한국형사정책연구원, 음주운전의 규제에 관한 연구, 1996, 50쪽 이하를 참조할 것.

40) 대표적인 예로 대법원 2001.7.13. 선고, 2001도1929 판결을 참조.

혈액채취를 하기까지 많은 시간이 소요된 경우처럼 운전당시의 혈중알콜농도를 경험법칙에 의거하여 추정(추산)해야 할 때가 있는 것은 분명하다. 다만, 이러한 추산방법은 여러 가지 변수에 따라 그 결과가 달리 나타나는 경험법칙이라는 점에서 그 적용에는 많은 논란이 있다. 이렇듯 논란이 있는 경험법칙의 적용여부를 지금처럼 전적으로 판례에 맡겨 증거법상의 일반원칙에 따라 해결하도록 할 것인가, 아니면 도로교통법 시행령 등에 그 구체적인 내용과 적용요건을 명시하는 것이 좋은가 하는 문제는 논의가 더 필요하다고 생각한다. 적용요건을 법령에 구체적으로 명시하면 이러한 경험법칙을 적용함에 있어서 일관성과 통일성을 기할 수 있지만, 유동적인 상황에 대한 판단의 유연성과 탄력성을 해칠 수도 있다. 따라서 충분한 이론적 정당성과 경험적 근거를 찾기까지는 현재와 같이 그 적용기준을 법관의 판단에 맡기는 것이 좋겠다고 생각한다. 물론 필자가 앞章에서 시도한 바 있듯이 위드마크 공식의 활용과 관련하여 지금까지 축적된 대법원 판례를 체계적으로 정리함으로써 어느 정도 구체적인 적용기준을 정립할 필요는 있다.

Strafverfahrensrechtliche Probleme der Feststellung der Fahruntüchtigkeit durch Alkoholeinfluß, und deren Lösungsmöglichkeiten

Das Führen von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluß ist wegen der damit verbundenen Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer gesetzlich verboten. Alkoholgenuss bei Kraftfahren ist allerdings erst bei Überschreitung bestimmter Grenzwerte mit Sanktionen bedroht. In Korea ist man der Ansicht, die negativen Auswirkungen des Alkohols auf die Fahrtauglichkeit eines Kraftfhararers erst ab einer Blut- oder Atemalkoholkonzentration von 0.05% einsetzen. Trunkenheitsdelikte am Steuer dürfen also ab dieser Grenzwerte strafrechtlich ermittelt und sanktioniert werden. Den Nachweis einer alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit führt die Polizei normalerweise über den Atemalkoholtest. Seine Blutprobe dürfte nur dann analysiert werden lassen, wenn der Betroffene die Atemalkohlolanalyse nicht einwilligt und eine Blutuntersuchung verlangt. Dies bedeutet, dass eine Blutalkoholbestimmung nur in Ausnahmsfällen benutzt werden soll. Atemalkoholanalysen gelten hierzulande als forenisches Beweismittel. Atemalkoholanalysen sollen vor Gericht als Beweismittel zum Nachweis der Trunkenheit anerkannt worden. Das heißt, dass Atelmalkohltest die erste und wichtigste Methode der Feststellung der Fahruntüchtigkeit durch Alkoholeinfluß ist. Aber bei der Durchführung des Atemalkoholtests machen Polizeibeamte

* Professor, Department of Law, Kyungwon University. Ph.D. in Law.

manchmal Fehler. Es gibt auch Situationen, in denen der Proband entweder nicht in der Lage ist oder nicht bereit ist, eine gültige Atemalkoholmessung zu produzieren. Wenn ein Probland den Atemalkoholtest verweigert, wird er freilich bestraft. Diese Regelungen haben im Ermittlungs- und Strafverfahren Schwierigkeiten und Probleme zur Folge. In dem Aufsatz werden diese ermittlungs- und strafverfahrensrechtlichen Problemen, die bei der Feststellung der Fahruntüchtigkeit durch Alkoholeinfluß entstehen könnten, auseinandergesetzt.

행형법관(Strafvollzugsrichter)의 도입에 관한 고찰

정 승 환*

Ⅰ. 행형의 개혁과 사법적 통제

1999변 12월 28일에 제정, 공포된 제7차 행형법 개정법은 수용자의 인권보장과 재사회화의 확대 및 수용질서의 확립을 위한 법적 근거를 확충하였다. 그 가운데 수용자의 인권보장과 관련하여서는 수용자에 대한 기본권 존중의 원칙을 천명하였으며(개정 행형법 제1조의3: 이하 법률명 생략). 청원제도를 보완하고(제6조), 신입수용자에게 수용기간, 수용자의 권리·의무, 일과시간 등을 안내하는 고지제도의 신설하였으며(제8조의2), 시설 내 안전과 질서를 위한 戒具의 사용과 징벌절차에 대해서도 인권보장을 위한 보완규정을 마련하였다(제14, 15, 46조, 제48조의2). 그 밖에 시설 내 생활에서 접견 및 서신검열에 대한 규정을 보완하고(제18조, 제18조의2), 전화통화를 허용한 것(제18조의3)이나, 신문열람(제33조) 및 수용자의 집필활동 보장(제33조의3)에 대한 근거규정을 두고 귀휴제도를 확대한 것(제44조 3항, 4항) 등도 수용자의 인권보장에 기여하는 개정이라고 할 수 있다.[1)]

이러한 개정 행형법을 비롯한 행형분야의 법률화,[2)] 그리고 행형실무의

* 한경대학교 법학과 교수, 법학박사

1) 개정 행형법의 구체적 내용과 의미에 대해서는 김태훈, 개정 현행법 해설, 교정 2000년 2월호 75-79면; 나아가 개정 행형법의 내용 및 그 개선과 보완에 대해서는 신양균, 행형법 개정과 수형자의 인권보장, 형사정책 제12권 제2호(2000), 79-105면 참조.

2) 행형분야의 '법률화'에 대해 자세한 것은 신양균, 앞의 글 82면 이하 참조.

개선을 통해 우리의 행형현실은 수형자의 인권보장의 측면에서 상당한 진전을 이루었다. 그럼에도 불구하고 개정 행형법이 갖는 한계는 수형자의 인권을 교정당국의 배려에 의해 보장받는 것으로 인식하고 있다는 것이며 수형자 스스로가 스스로의 권리를 찾을 수 있도록 보장해 주는 제도적 장치가 마련되어 있지 않다는 점이다. 즉 실체법적 개혁을 뒷받침해 줄 절차법적 개혁이 이루어지지 않은 것이다.

물론 현행법은 수용자에게 주어진 권리구제수단으로서 청원제도를 두고 있고 개정법률은 이를 개선하여 청원제도의 실효성을 보장하고자 노력하고 있다. 즉 수용자가 법무부장관에게 청원을 하고자 하는 경우에 종전에는 청원의 취지를 기재한 서면을 소장에게 제출하도록 하였으나, 개정법률은 이러한 제출의무를 폐지하고 직접 법무부장관에게 청원할 수 있도록 하였고(제6조 2항), 소장이 청원을 저지하거나 청원을 하였다는 이유로 불이익한 처우를 하지 않도록 한 것이다(동조 5항). 그러나 행형의 현실에서 위축되고 수동적인 위치에 있는 수용자가 청원권을 효과적으로 행사할 수 있는지 의문이며, 청원권을 행사하더라도 결국 행정조직상 내부기관이라 할 수 있는 법무부장관이 최종적인 통제기관이라는 점도 청원제도의 실효성에 의문을 제기하게 한다. 수용자의 권리구제수단이 본래의 실효성을 담보하기 위해서는 외부기관에 의한 통제의 길이 열려야만 한다.

현행법에 따를 때 수형자는 교정당국의 위법·부당한 처분에 대한 행정심판 청구 및 행정소송, 손해발생에 대한 민사배상의 청구, 형벌법규의 위반에 대한 형사고소 그리고 헌법소원에 의한 권리구제 등의 외부적 구제수단을 이용할 수 있지만, 그 실효성은 매우 미미한 실정이다. 실제로 우리나라에서 교정당국의 처분과 관련하여 민사소송이나 행정소송이 제기되어 처분의 부당성이 다투어진 사례는 극히 드문 일이었으며 대법원판례에서 이를 다룬 경우는 1990년 이후에서야 나타나고 있다.[3)]

3) 신양균, 앞의 글, 104면 참조.

최근 들어 행형과 관련한 행정소송과 헌법소원이 적지 않게 제기되고는 있지만 수형자 스스로 이러한 권리구제수단을 이용하는 경우는 드물며. 그 결과도 수형자에게 우호적이지 않다. 헌법재판소에 의한 헌법소원심판의 경우 부적법 각하되지 않고 본안판단까지 왔던 사례는 극히 드물어 손꼽을 수 있는 정도이며, 그나마 본안판단에 이르렀던 사례들은 대부분 미결수용자의 권리와 관련한 문제들이었다.[4)]

이와 같이 수형자가 스스로 자기권리를 찾을 수 있는 제도적 장치들이 실제적으로 보장되지 않고. 따라서 교정당국의 처분이 내부적으로만 통제될 뿐 외부로부터 통제될 수 있는 가능성이 극히 제한되어 있는 행형의 현실에서는 수형자의 인권이나 그 밖의 수형자에 대한 처우가 행형당국의 인식과 배려에 따라 좌우될 수 밖에 없으며, 행형당국의 인식이나 배려는 정치적 사회적 변화에 따라 흔들릴 수 밖에 없다. 그렇다면 제7차 개정 행형법이 이룩하고자 하는 수용자의 인권보장과 재사회화의 확대 등의 실질적 성과는 변화하는 정치적 사회적 현실에 따라 매우 유동적이고 불투명해질 것이다. 따라서 행형개혁에서 가장 중요한 것은 개혁의 목표와 성과를 통제할 수 있는 외부적 통제기관, 그 중에서도 특히 사법부에 의한 통제가 형식과 실질의 양면에서 보장되어야 한다는 것이다. 1970년대 미국의 교정분야의 발전은 수형자의 권리운동에서 시작되었고 이를 뒷받침한 것이 법원의 판례를 통한 권리의 확인이었다는 점,[5)] 그리고 1950년대 이후 유럽의 주요국가에서 형사법원 내에 “행형부(Strafvollstreckungskammer)” 또는 “행형법관(Strafvollzugsrichter)”을 두어 사법부가 행형에 참여하고 행형을 통제하도록 하는 제도개혁이 이루어진 점을 고려한다면 행형개혁과 관련하여 사법부의 역할을 돌아보는 것은 분명 의미 있는 일이다.

그리하여 아래에서는 행형과정에 대한 사법부의 참여가 필요한 근거를

---

4) 이와 관련하여 자세히는 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 258면 이하 참조.
5) 신양균, 앞의 글, 104면.

헌법과 형사정책의 측면에서 살펴보고, 몇몇 주요 국가의 행형에 대한 사법적 통제제도를 소개한 후 우리의 행형개혁과 관련하여 “행형법관”제도를 도입하는 것이 어떠할지를 살펴 보려 한다.

Ⅱ. 행형에 대한 사법적 통제의 논거

행형에 대한 외부적 통계가 필요하고 다른 기관이 아닌 사법부가 통제를 담당해야 하는 근거는 헌법적 측면과 형사정책의 측면에서 찾아낼 수 있다.

1. 헌법적 근거

행형은 넓게 보아 형사절차의 하나로서 형사절차의 마지막 단계를 이룬다. 형사절차를 규율하는 형사소송법은 이른바 “헌법의 구체적 응용” 또는 “구체적인 응용 헌법”,[6] “헌법의 구체화법”[7]으로서의 지위를 갖는다. 따라서 형사절차의 하나인 행형에서도 헌법의 지도이념들이 그대로 타당하다는데는 별다른 이론(異論)이 있을 수 없다.[8]

행형단계에서는 국가권력이 가장 강력한 수단을 가지고 개인의 기본권을 박탈하고 침해하기 때문에, 인간의 존엄성이 손상당하고 인간이 국가권력행사와 규율의 단순한 수단으로 전락할 위험이 언제나 도사리고 있다. 따라서 형사절차에 대한 헌법상의 지도이념과 규정들은 행형단계에서 더욱 존중되고 주목되어져야 한다.

---

6) 배종대/이상돈, 형사소송법 제4판, 2001, 5면.
7) 신동운, 형사소송법 Ⅰ, 제2판, 1997, 6면.
8) 자세히는 신동운, 앞의 책, 5면 이하.

가. 법치국가 원칙

법치국가원칙, 또는 법치주의는 행형에서 중심적 역할을 수행한다. “수형자의 마그나카르타”로서의 행형법 자체가 법치국가적 논의에서 그 존재의미를 얻는다. 비록 우리의 현행헌법이 법치주의를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 법치주의가 헌법질서의 전체적 성격과 내용을 규정짓는 기본원리라는 것은 일반적으로 인정되고, 우리 헌법이 형식적 법치주의 뿐 아니라 실질적 법치주의에 근거하고 있다는 데에도 별다른 이론(異論)이 없다.[9)]

실질적 법치주의의 내용은 행정의 합헌법성(合憲法性)과 합법성이며 이는 다시 기본권을 침해할 경우 법률에 근거할 것과 이러한 적법성의 보장으로서 행정작용이 재판에 의한 법적 통제 아래 있을 것을 요청한다.[10)]

1) 법치국가와 사법적 구제

이와 같은 법치국가의 근본적 요소 중의 하나는 법원에 의한 사법적 구제의 보장이다. 기본권 침해에 대해 법률 유보를 규정한 국가라면 그러한 법률유보를 실제로 관철할 수 있는 장치 또한 마련해 놓아야 한다. 즉 국가는 법원을 설치하고 모든 사람이 동등한 조건에서 법원에 법적 구제를 신청할 수 있도록 보장해야 한다. 모든 사람은 자신의 기본권을 침해하는 것으로 여겨지는 모든 조치에 대해 실제적이고 효과적인 사법적 통제를 요청할 수 있어야 하며, 그러한 모든 조치들이 온전하게 사법적 검토를 받아야만 한다. 이러한 사법적 구제장치의 보장이야말로 “법치국가원칙의 구조적 초석”[11)]인 것이다.[12)]

---

9) 장영수, 민주헌법과 국가질서, 1997, 131면; 권영성, 헌법학원론, 1999, 145면; 김철수 헌법학개론 제11판, 1999, 187면.

10) 자세한 것은 김철수, 앞의 책, 187면 이하; 권영성, 앞의 책, 145면 이하 참조.

2) 행형에서의 사법적 구제

a. 법관에 의한 사후적 통제

행형과정에서 이루어지는 조치들도 개인의 기본권을 침해하는 행정작용으로서 사법적 심사의 대상이 되어야 하며, 수형자들에게도 사법적 구제를 신청할 수 있는 길이 보장되어야 한다는 것은 오늘날 대부분의 헌법이론이 인정하는 바이다. 과거의 이른바 특별권력관계이론은 수형자의 기본권을 대폭 제한하여 행형과정에 대한 사법적 심사를 부인하였지만, 특별권력관계이론의 종주국이라 할 수 있는 독일의 연방헌법재판소가 이 이론의 폐기를 선언한 이후[13] 법치국가적 요청은 행형과정에도 직접 적용되는 것으로 이해되고 있다. 즉 재소자에 대한 기본권 침해는 법률에 의하여야 할 뿐만 아니라 그 법률이 명확성의 원칙을 충족하여야 하고, 행형과정에서 부과되는 모든 조치들은 비례성의 원칙에 합당한 것이어야 하며, 수형자에게도 헌법이 정하는 사법적 구제의 길이 보장되어야 한다는 것이다. 우리나라의 헌법이론과 판례는 아직 특별권력관계이론과 완전히 결별하지 않았지만 행형과정에서 이루어지는 처분이 사법적 통제의 대상이 된다는 데는 어느 정도 견해의 일치를 보이고 있다.[14]

이러한 사법적 통제에 의해 법관은 행형당국의 조치들을 사후적으로 통제할 수 있다.

---

11) Edzard Schmidt-Jortzig, Effektiver Rechtsschutz als Kernsstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz. NJW 1994, 2571면.
12) 김철수, 앞의 책, 1107면 이하 참조.
13) BVerfGE 33, 1.
14) 1982.7.27. 大判 80누86 : 특별권력관계에서도 위법·부당한 특별권력의 발동으로 인하여 권리를 침해당한 자는 그 위법 부당한 처분의 취소를 구할 수 있다. 보다 자세히는 김철수, 앞의 책, 328면 이하; 권영성, 앞의 책, 327면 이하 참조.

b. 법관에 의한 사전적 통제

그러나 법관에 의한 사후적 통제는 수형자들에게 실질적 도움을 주지 못한다. 처음에 밝힌 바와 같이 수형자가 이러한 사후적 통제의 가능성을 이용하기란 그들의 처지상 여간 어려운 일이 아니다. 사법적 구제에서 중요한 것은 그러한 구제를 원하는 자에게 손쉬운 접근의 길이 열려 있어야 한다는 것과 그 구제절차가 간단하고 이해하기 쉬워야 한다는 것이다. 일반적인 수형자들에게 현행법이 보장하는 사법적 구제의 길은 접근하기 어려울 뿐만 아니라, 접근하였다 하더라도 지나치게 복잡하고 먼 길이다. 행형의 조직구조상 수형자는 자기결정권을 빼앗긴 채 단순한 대상의 지위, 즉 조직의 객체로서의 지위를 갖는다. 이러한 상황에서 객체로서의 지위를 벗어나 자기결정권이 있는 주체로서의 지위를 얻으려 하는 수형자의 행동은 규범에 대한 침해로 평가되며 그에 따른 응분의 반응을 불러오기 마련이다. 교정당국의 조직형태는 가능한 한 마찰없이 교정시설을 유지하고 보호하려는 데 초점이 맞춰져 있으며, 이러한 조직형태를 흔드는 행위들을 용납하지 않는 것이 일반적이다. 한편으로 수형자가 수용시설 내에서 침해된 권리를 회복하는 데에는 일정한 시간적 제약이 존재한다. 즉 권리침해에 대한 구제가 제때에 이루어지지 않고 사후적으로 이루어 질 때에는 그 의미를 상실하는 경우가 있다는 것이다. 예컨대 징벌방에의 부당한 수용은 사후적 통제가 무의미한 경우가 대부분일 것이다. 그러므로 수형자들이 자기 권리를 찾아 법적 구제의 길을 구하는 데에는 수많은 현실적, 법률적 장애들이 있다. 수형자들이 처한 이러한 특별한 상황 때문에 행형과정의 처분에 대해서는 법관의 사후적 통제 뿐 아니라 사전적(事前的) 통제, 또는 사전적 참여가 이루어질 필요가 있다.

나. 권력분립의 원칙

권력분립은 법치국가의 본질적 구성요소 중의 하나이다. 오늘날 권력분립의 원칙은 법치국가적 헌법질서의 근간을 이루는 원칙으로서 자명한 것으로 받아들여지고 있다.[15]

일반적인 의미에서 권력분립의 원칙은 "국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 입법권·집행권·사법권으로 분할하고, 이들 권력을 각각 분리·독립된 별개의 국가기관들에 분산시킴으로써, 특정의 개인이나 집단에게 국가권력이 집중되지 아니하도록 함은 물론 권력상호간에 권력적 균형관계가 유지되도록 하는 통치구조의 구성원리"[16]를 말한다. 우리 헌법도 제40조, 제66조 4항, 제101조 1항에서 권력분립의 원칙을 구체화하고 있다.

1) 권력분립원칙의 내용

권력분립원칙의 내용은 ① 국가작용을 기능적 관점에서 입법·행정·사법으로 구분하고, 이들 작용을 각각 특정한 기관에 귀속시키며, 이들 기관이 자신에게 귀속된 통치작용 이외에 다른 기관에 귀속된 통치작용을 행사하는 것을 금지하는 것(권력의 분할)과 ② 국가기관 상호간에 견제와 균형관계가 성립함으로써 어떤 기관도 국가권력을 독점적으로 행사하지 못하도록 하는 것(권력의 균형)이다.

---

15) 권영성, 앞의 책, 643면 이하; 김철수, 앞의 책, 853면 이하; 장영수, 앞의 책, 243면 이하 참조.
16) 권영성, 앞의 책, 643면.

a. 권력의 분할

권력의 분립은 무엇보다 국가작용의 기능적 구별에 있지만, 이러한 구별이 절대적인 배타성을 갖는 것은 아니다.[17]

그것은 각 국가권력의 과제의 특정한 기본유형을 표현할 뿐, 헌법적 국가기능의 최종적 분할을 의미하지 않는다. 즉 이러한 구별에도 불구하고 다른 기관에 의한 통제와 참여의 여지를 남겨 놓는 것이다.

나아가 이러한 기능이 귀속되는 기관들도 엄격하고 분명하게 구별되지 않는다. 국가기능을 담당하는 기관들은 상호간의 결속과 참여, 통제의 권한을 나누어 가짐으로써 서로 복잡하게 연관되어 있다. 이렇게 복잡하게 서로 얽혀 있는 상호관련성은 기관 상호간의 권력의 균형을 유지하는 데 기여한다. 따라서 국가기능을 구별하여 각 기관에 귀속시키는 것 자체가 권력의 균형을 위한 중요한 요소가 되는 것이다.[18]

b. 권력의 균형

근대의 자유주의적 법치국가의 출발이 되었던 전제권력과의 투쟁은 통치권력에 한계를 설정하고, 어느 한 권력이 지나친 권한을 갖는 것을 방지하며, 정치적 권력들 사이에 경쟁자들을 만들어 내는 것이었다 권력 상호간의 견제와 균형을 통해 전체체계의 안정과 개인의 자유보장을 확보하려 하였던 것이다. 이러한 권력의 균형은 통제와 참여의 권한이 다양한 현실적 힘에 분산되어 귀속될 때 비로소 효력을 발휘할 수 있다.[19]

집행권력에 대한 사법적 통제는 법치국가적 권력균형의 가장 중요한 요

17) 자세히는 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland. 20. Aufl., 1995, 211면 참조.
18) Konrad Hesse, 앞의 책, 213면.
19) 권영성, 앞의 책, 643면 참조.

소 중 하나이다.[20]

나아가 이 요소는 민주주의의 원칙과도 결합한다. 즉, 집행권력에 대한 사법적 통제는 사회적 약자와 소수자에게 그들의 지위를 실제적으로 위협해 오는 권력에 대항하여 법원의 보호를 요청함으로써 자신의 권리를 확보할 수 있는 가능성을 열어 주는 것이다.[21]

2) 행형에서의 권력분립

전통적인 권력분립이론에 따르면 행형의 위치는 매우 애매하다. 어떤 권력이 행형을 담당하느냐 하는 것은 시대에 따라 달라지는 문제였다. 18세기까지만 해도 선고된 형벌을 집행하는 일은 - 푸코(Foucault)에 따르면 - 사법부의 일이기도 했다. 그러나 이른바 '형벌극'의 소멸과 더불어 사법은 행형과 결부된 이러한 잔혹한 행위를 더 이상 공개적으로 담당하려 하지 않는다. 18세기말과 19세기초에 걸쳐 형벌의 의식, 즉 공개처형의 의식은 점점 사라지게 되고 결국 더 이상 형사절차의 한 장으로서의 위치를 갖지 않게 된다. 그리하여 행형은 점차 독자적 분과가 되고 사법부로부터 행정부로 그 권한이 이양된다. 형벌의 집행을 관료주의에 넘겨줌으로써 사법은 이 유쾌하지 못한 일로부터 놓여나게 되었다는 것이다.[22]

그리하여 형벌선고는 사법부가, 형벌의 집행은 행정부가 담당하는 이분법적 구조가 자리잡게 된다.

형벌집행의 업무에 무관심했던 사법은 20세기에 들어서면서부터 다시 행형과정에 조금씩 참여하게 된다. 예컨대 독일의 경우를 보자면 가석방의

---

20) Christian Starck, Einführung in die Fragen des Symposions. In: Volkmar Götz u. a. (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle. Göttinger Symposion 1985, 4면.

21) Konrad Hesse, 앞의 책, 214면 참조.

22) 자세한 것은 Michel Foucault, Überwachen und Strafen, Frankfurt 1976, 17면 이하 또는 박홍규 번역의 "감시와 처벌", 강원대학교출판부 1993, 27면 이하 참조.

결정이 다시 사법부의 관할 아래 놓이게 되고, 보안처분의 등장과 더불어 보안처분에 따른 추후결정들 또한 사법부의 관할사항이 된다. 이러한 경향은 법치국가사상의 발전과도 관련이 깊다.[23]

지금의 상황은 각 국가에 따라 행형의 담당자가 다르거나, 한 국가에서도 행형단계에서의 업무를 다양한 기관이 담당하는 등 혼재된 양상이다.

그러나 형벌의 집행을 어떤 권력이 담당하느냐는 문제를 기계적인 권력분할의 구도에서 이해하려는 것은 권력분립이론에 대한 고전적 이해에서 비롯된 것이다. 권력분립의 현대적 의미는 권력의 엄격한 분할에 있는 것이 아니라, 합리적 권력구조 내지 기능적 권력구조의 지향에 있다. 즉 권력분립을 통해 권력의 남용과 그 자의적 행사를 방지하고 권력행사의 절차적 정당성을 확보함은 물론 국가목적의 효율적 구현을 위한 권력상호간의 공화와 협조를 실현하는 것이 권력분립의 현대적 실현방법인 것이다.[24]

그러므로 행형에 있어서도 행형을 누가 담당하느냐 하는 문제보다는 행형과정에서 각각의 권력기관이 얼마만큼 서로 권한을 나누어 갖고 서로 견제하면서 행형의 목적을 효율적으로 달성하느냐 하는 문제가 더욱 중요하다 할 수 있다. 이렇게 본다면 행정기관인 교정당국이 행형의 거의 모든 절차와 내용에 대한 결정권을 행사하고 사법부는 통제와 참여의 역할에서 배제되거나 스스로 그 역할을 외면하고 있는 현재의 행형현실은 권력분립의 원칙에서 볼 때 분명 개선의 필요성이 있는 것이다.

---

23) Karl Peters, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen. In: ZStW 1969. 72면.

24) 권영성, 앞의 책, 654면 이하; 장영수, 앞의 책, 253면 이하 참조.

2. 형사정책적 근거

가. 형사제재 기관들의 기능적 연관성

1) 행형의 형사법체계상 위치

행형은 형사절차의 마지막 단계를 구성하기도 하지만, 형사법의 전체체계를 고려하면 행형은 전제 형사법체계를 구성하는 "세 기둥" 중의 하나가 된다. 즉, Roxin에게서 비롯된[25] 이른바 "세 기둥 이론(Drei-Säulen-Theorie)"에 따르면 전체 형사법체계는 실체형법과 형사절차법, 그리고 행형법으로 나누어진다.[26]

이 가운데 실체형법과 형사입법은 처벌가능한 행위의 불법과 책임을 확정하고, 국가가 법질서로 금지하고 허용하는 것을 분명히 하여 법익을 보호하는 기능을 수행한다. 형사절차법과 그에 따른 형벌의 선고는 범죄에 대한 사회윤리적인 비난과 책임상쇄, 그리고 법질서의 보호에 종사한다. 행형의 영역에서는 특별예방적 교육을 통해 범죄자를 다시 사회에 편입시키는 일에 중점을 둔다.

전체 형사법체계를 세 영역으로 나누고 각 영역에 고유한 기능과 과제를 부여한 이 이론은 형법의 다양한 목적들이 각 영역에서 서로 밀접한 관련을 맺으면서 서로 중첩되기도 한다는 사실을 간과함으로써 형법의 전체과제를 통찰하는 일을 놓칠 수 있다는 비난을 말기도 한다.[27]

그러나 이 이론과 그에 대한 비판을 통해 우리가 확인할 수 있는 것은

---

25) Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. In: JuS 1966, 377면 이하. 특히 387면 참조.

26) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl., 1996, 16면: Kaiser/Kernei/Schöch, Strafvollzug. 4. Aufl., 1992, 52면 이하.

27) 이에 대해 자세히는 Kaiser/Kerner/Schöch, 앞의 책, 55면 이하 참조.

행형이 고유의 과제를 갖는 독자적 영역으로서 형사법체계의 한 축을 이루며, 형사법체계의 다른 영역들과 기능적으로 서로 긴밀히 결합하여 형사법의 전체과제를 위해 봉사해야 한다는 점이다. 즉 행형은 글자 그대로 "형벌의 집행"이므로 그 집행의 필요성과 정당성은 판결에서 선고된 내용을 근거로 해야 하며, 이 판결은 다시 형사입법기구가 실체형법을 통해 결정한 기준에 따라 이루어져야 한다는 것이다.[28]

2) 형벌선고와 행형의 기능적 연관

행형에서 집행되는 것은 법관이 판결을 통해 선고한 형벌이다. 법관의 판결은 행형에서 비로소 실체화된다. 그러므로 형별의 실제, 즉 처벌받는 자가 형벌을 어떻게 경험하는가를 돌아보지 않는다면 형법에 대한 참 이해가 있을 수 없다 그럼에도 불구하고 형사법관들은 대개 그들이 선고한 판결이 행형에서 어떤 효과를 갖는지를 고려하지 않는다. 형벌을 선고하자마자 그들의 할 일은 끝난다. 형벌의 집행에 대해서는 대개 관심이 없으며, 그들이 양형단계에서 고려한 사항들은 행형과정의 구성에 아무런 역할도 하지 못한다. 그러는 동안 행형을 담당한 행정당국은 법관의 판결을 단지 이행만 하거나, 때로는 판결과는 상관없는 독자적 목적을 추구하기도 한다. 지금까지의 관행에서는 판결과 행형 사이의 상호작용을 고려할 만한 여지가 존재하지 않는 것이다.

이러한 경향은 특정의 형벌이론 및 형사정책적 기본입장과도 관련이 있다.[29]

---

28) 자세한 것은 Arthur Kaufmann, Strafrecht und Strafvollzug. In: Kaufmann(Hrsg.), Die Strafvollzugsreform. 1971, 36면 이하; Herbert Koch, Jenseits der Strafe. Überlegungen zur Kriminalitätsbewältigung. 1988, 32면 이하 참조.

29) Günter Blau, Die Wechselbeziehungen zwischen Strafurteil und Strafvollzug. In: MschKrim 1977, 330면 이하 참조.

주로 응보지향적인 형사법체계에서는 이러한 상호작용이 별 의미를 갖지 못한다 응보형법은 합목적적으로 작용하지 않으며, 형벌의 사회적 개인적 효과를 묻지 않기 때문에 형사정책적으로 의미 있는 형벌체계의 발전에 대한 관심이 없다. 법관은 오로지 행위자의 행위와 책임에 따라 형량을 결정할 뿐, 범죄자를 다시 사회로 환원시키기 위해서나 자유박탈에 따른 해악을 최소화하기 위해 무엇이 필요한가는 고려하지 않는다. 재사회화형법에서는 비로소 판결과 행형의 상호작용이 고려될 수 있고 또 가능하다. 형벌은 행위자들의 잘못된 사회화를 바로 잡는 수단이 되어야 하고, "단지 처벌할 뿐만 아니라 치료해야" 한다. 형벌이 사회정책의 한 수단이라는 이러한 인식은 법관들에게 형벌선고와 행형의 상호연관을 고려할 것을 요청한다.

우리의 형법과 행형법이 재사회화를 행형의 목적으로 하고 있다면 형벌선고와 행형은 상호연관성을 지녀야 할 것이며 이 상호연관성은 두 가지 측면에서 요청된다. 그 하나는 행형의 측면에서 법관의 판결을 최대한 존중해야 한다는 것이고, 다른 하나는 법관이 행형의 현실을 고려하여 판결을 내리고 그 판결이 행형에서 집행되는 것을 감시하고 통제하며, 재사회화 목적에 합당하도록 판결내용을 행형과정에 사후적으로 적용시키는 일에 참석하여야 한다는 것이다.

나. 자유형의 한계 - 미완의 형벌형태

법관이 행형과정을 통제하고 판결을 행형과정에서 사후적으로 적용시키는 일에 참여해야 한다는 요청은 자유형의 한계를 인식할 때 더욱 강하게 제기된다 - 즉, 자유형은 한마디로 "미완성의" 형벌형태인 것이다. 비록 오늘날 대표적인 형벌로 자리잡았지만 자유형 자체는 국가형벌로서 체계적으로 정립된 것이 아니라[30] 역사적 우연의 산물로서 오늘날에도 여전히

30) 한영수, 앞의 책(주4), 22면 참조.

완성되지 않은 채 남아 있는 제도이다.

개략적으로 살펴볼 때 서구에서 자유형의 출발은 초기 자본주의와 제국주의 시대에 상업과 산업의 중심이었던 도시에 불어나기 시작한 부랑아와 거지들을 한 곳에 수용하여 격리·교육시키려는 사회적 이유, 그리고 노동력을 손쉽게 공급받으려는 경제적 이유와 결부되어 있다.[31]

그렇기 때문에 초기의 "감화원"이나 "교정원", "노역장" 등의 형편은 매우 열악한 것이었다. 18세기에 들어 이런 교정시설의 형편을 고발하고 개혁하려는 몇몇 개혁운동가들 - 예컨대 John Howard (1726-1790)나 Heinrich Balfasar Wagnitz(1755-1838) 와 같은 - 의 노력에 힘입어 수용자에게 인도적인 수용환경을 제공하면서 행형의 목표를 수용자의 교정과 개선으로 삼는 '근대적 자유형'이 자리를 잡게 되었고[32] 오늘날에는 재사회화행형이 일반적 행형의 형태로 인식되고 있다. 그러나 자유형은 역사적으로 살펴볼 때 결코 성공적인 제도였다고 할 수 없으며, 오늘발의 재사회화행형 역시 그 이론과 현실에서 심각한 한계를 지적 받고 있다.[33]

그리하여 70년대 이후에는 자유형에 대한 대안을 찾는 것이 국제적 관심사가 되었다.

우리나라의 경우 자유형은 형사정책적 고려에 의해 체계적으로 정립된 것이 아님은 물론, 서구의 형벌제도로서 도입될 때에도 일제의 강압적 식민통치의 수단으로 악용되었기 때문에, 자유형에 대한 일반의 인식이 매우 부정적일 뿐 아니라 행형당국도 오랫동안 권위적, 폐쇄적 관행을 떨쳐버리지 못하고 있는 형편이다.[34]

---

31) 자세 한 것은 Robert v. Hippel, Die geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe. In: Erwin Bumke (Hrsg.), Deutsches Gefängniswesen. 1928, 1-25면 ; Thomas Krause, Geschichte des Strafvollzugs. 1999 참조.

32) 한영수, 앞의 책, 15면 이하 참조.

33) Georg Wagner, Das Absurde System. Strafurteil und Strafvollzug in unserer Gesellschaft. 1984, 1면.

34) 한영수, 앞의 책, 14면 참조.

서구에서는 자유형의 문제를 개선해 나가고 그 대안을 찾는 노력이 오래전부터 진행돼 온 반면에. 한국에서는 이러한 노력이 최근에 들어서야 행형법의 개정과 시민단체의 행형개혁 요구를 통해 조금씩 싹트고 있는 정도이다.

1) 양형과 행형 사이의 기능장애

이와 같이 불완전한 형태로 남아 있는 자유형, 특히 오늘날의 재사회화 행형이 갖는 모순은 무엇보다 법관의 양형과 행형목적 사이의 기능장애(Dysfunktionalität)를 피할 수 없다는 데 있다.[35]

자유형의 선고를 통해 행형당국의 처분에 맡겨지는 것은 수형자의 시간이지만, 양형단계에서 법관은 행형당국의 재사회화프로그램을 고려하는 것이 아니라 실체형법이 요구하는 바대로 이 시간의 범위를 확정한다. 그에 따라 법관이 판결에서 실체형법의 양형요소를 고려하여 내린 진단과 행형과정에서 재사회화의 정도와 필요에 따라 내려지는 진단 사이에 불일치가 발생할 수 있다. 이렇게 되면 "수형자를… 사회에 복귀하게 하려"는 행형의 목적(행형법 제1조)은 종종 양형에 의해 방해를 받게 되는 것이다.[36]

이러한 모순과 기능장애를 어느 정도 해소하기 위해서는 수형자의 재사회화 정도에 따라 원래의 판결을 사후적으로 수정해서 적용할 필요가 있다. 가석방이라든가 잔형유예 등의 제도는 이러한 개념이 구체화된 것이다. 그런데 이렇게 판결을 사후적으로 적응시키는 일은 판결의 실체적 변경에 해당하기 때문에 - 다시 법치국가적 권력분립의 원칙에 따라 - 법관

35) 보다 자세한 것은 Winfried Hassemer, strafzumessung, Strafvollzug und die "gesamte Strafrechtswissenschaft". In: A. Kaufmann(Hrsg.), Die Strafvollzugsreform. 1971, 54면 이하: 한영수, 앞의 책, 47면 이하 참조.

36) 가장 대표적인 예가 무기징역의 경우이다. 이에 대해 자세히는 G. Blau, 앞의 글, 332면 이하: W.Hassemer, 앞의 글, 54면 이하 참조.

에 의해 결정되고 통제되어야만 할 것이다.

2) 자유형의 “내용”

자유형이 갖는 모순의 또 다른 측면은 자유형은 다른 형벌종류와는 달리 그 “내용”이 구체화되지 않은 채 선고된다는 것이다. 과거의 신체형이나 현재의 벌금형의 경우는 집행되어야 할 형벌의 내용과 정도가 명확하게 판결에 나타나지만[37] 자유형의 경우 판결을 통해 확정되는 것은 형벌의 기간과 노역의 여부일 뿐 형벌의 기간동안의 처우에 대한 부분은 빈 여백으로 남아 있다. 그리하여 자유형의 실제적 내용을 채우는 일, 즉 자유형이 갖는 형벌로서의 해악의 내용과 정도를 확정하는 일은 집행권력인 행형당국에 일임되어 있다.

물론 이에 대해서는 ‘수형자를 행형기관에 수용하여 행형당국에는 각 수형자의 개인적 상황에 맞게 판결을 적용시킬 것을 지시하고 수형자에게는 행형당국의 처분에 따를 것을 명령하는 것’이 자유형의 내용이라는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 행형의 현실을 고려한다면 이러한 이의는 “문제를 문제로 답하는”것에 불과하다. 실제로 판결은 형기(刑期)만을 정해줄 뿐 그 기간동안을 채우는 실제내용은 전적으로 교정당국의 손에 놓여져 있다. 우선 수형자는 교정당국의 수형자 분류처우규칙에 따라 “분류”되어 분류등급에 따라 교정시설에서의 생활내용, 즉 행형의 구성내용이 크게 달라진

37) 예컨대 - 다시 푸코의 예를 따라 - 과거 신체형의 판결문을 보자: “1757년 3월 2일 국왕 살해범인 다미앙에게 다음과 같은 판결이 선고되었다. <파리의 노틀담 대사원 앞에서 2파운드의 불타는 양초 횃불을 들게 하고 셔츠만을 걸친 채로 사형수 호송차에 싣고 가서 공중에게 공개사죄하게 하고>, <그레브관장에 끌고 가 그곳에 세워질 사형대 위에서 그의 가슴, 팔, 허벅지 그리고 종아리의 살점들을 발갛게 달군 집게로 떼어내고 그의 왼손은 국왕을 살해하고자 했을 때의 단도를 잡은 모습 그대로 유황불에 태우고 살점들이 떨어져 나간 곳에는 용해된 납과 끓는 기름, 불타는 송진 그리고 밀랍과 유황의 용해물을 붓고, 몸은 네 필의 말이 끌게 하여 네 조각을 내어 팔다리와 몸뚱이는 불에 태워서 재로 만든 뒤에 바람에 날려 보낼 것>”. 푸코 저. 박홍규 번역의 “감시와 처벌”, 19면에서 인용.

다.개정된 수형자분류처우규칙에 따르면 수형자는 수용급, 개선급, 관리급 및 처우급 등의 여러 가지 분류급에 따라 여러 등급으로 분류되는데(규칙 제14-18조), 개선급의 경우 '범죄성향이 진전되지 않은 자로서 개선이 가능한 자'는 A급, '범죄성향이 진전된 자로서 개선이 가능한 자'는 B급, '범죄성향이 진전된 자로서 개선이 곤란한 자'는 C급으로 분류된다(규칙 제16조).

각 급에 해당하는 수형자의 유형에 대한 판단은 같은 규칙 제12조에 규정된 분류조사사항을 참고하는데, 이러한 유형별 정의와 등급 배분의 기준이 되는 분류조사 사항들은 법관이 판단한 범죄행위자의 유형이나 양형요소로서 법관이 고려한 사항들과 어떤 연관과 차이가 있는지 의문이다. 또 이러한 분류급 들에 따라 분류된 수형자들은 같은 규칙 제19조에 따라 수용시설이 각각 달라질 뿐 아니라 제46조 이하에서 규정하는 바에 따라 자치활동(제46-47조)이나 접견 · 서신 및 전화사용의 횟수와 방식(제48-51조), 물품급여(제52-55조)와 라디오 · 텔레비전의 청취 · 시청 여부(제56-57조) 등과 심지어 사진소지 및 비치(제61조)에 이르기까지 모든 면에서 차별된 처우를 받게 되는데, 이러한 차별된 처우가 법관이 판단한 범죄자의 행위책임과 어느 정도 연관성이 있는지도 의문이다. 그리고 이러한 분류는 행형시설에 종사하는 교도소장 등의 교도관들만으로 구성된 분류처우예비회의(규칙 제77-82조)와 분류처우회의(제83-86조)에 전적으로 위임되어 있다.

이렇게 형벌의 실제내용이 전적으로 행형당국에 의해서 결정되는 것은 물론, 더 나아가 형벌의 기간 자체도 가석방 등의 결정권한을 갖는 행정부에 의해 변경될 수 있다. 요컨대 사법부는 형벌의 외연만을 설정할 뿐, 수형자가 어떤 시설에서 어떤 정도의 권리를 박탈당하면서 어느 만큼의 형기를 마치는 지는 전적으로 행정부의 권한 아래 놓여 있다. 따라서 실제로 집행되는 형벌의 내용은 원래 선고된 형벌에서 많이 벗어날 수 있다. 그렇다면 여기서 제기되는 문제는 이것이 여전히 자유형의 단순한 "집행"이라

할 수 있는가? 이것은 실질적으로 사법적 작용이라 해야 되지 않는가? 범죄와 형벌을 법률에 명확히 규정하여야 한다는 원칙은 행형에도 적용되어야 하지 않는가? 하는 등등의 것이다.

이러한 현실은 동일한 범죄를 저지른 행위자들에 대한 일관되고도 공평한 속죄를 요청하는 형벌권의 평등한 행사라는 원칙에 어긋날 뿐 아니라 사법권을 침해하는 것으로 권력분립의 원칙에도 어긋난다.

요약하자면 법관이 판결에서 자유형을 선고할 때 확정되어 있지 않은 형벌의 구체적 내용은 행형과정에서 사후적으로 보충되어진다. 이렇게 사후적으로 자유형의 내용을 구체화하여 법관의 판결을 보충하는 일은 법관의 관할 아래 놓여 있어야 한다. 자유박탈의 여부 뿐 아니라 자유박탈의 구체적 형태 또한 사법적 결정에 따라야 한다는 것이다. 그렇게 하여 "법률 없이 형벌 없다(nulla poena sine lege)"는 원칙은 - Marc Ancel의 주장대로 - "司法없이 형별 없다(nulla poena sine judicio)"는 원칙으로 확대되어야 한다.

Ⅲ. 각국의 입법례

1. 개관 - 행형과정에 대한 법관 참여의 네 가지 유형

행형과정에 법관이 참여하는 것은 이미 438년 로마의 테오도시아누스 법전에서도 나타난다고 한다.[38]

오늘날 이 문제와 관련한 중요한 자료로는 1937년과 1969년의 국제형법회의의 논의내용을 들 수 있다.

1937년의 제4차 국제형법회의의 권고문은 구체적으로 행형에 대한 사법

38) Marc Ancel, Der Strafvollzugsrichter in Frankreich. ZStW 1967, 402면 이하 참조.

부의 감시와 결정권한을 요청한다:

"이러한 통제의 과제는 이 목적을 지속적으로 수행하는 임무를 지닌 법관, 또는 행형기관에 소속된 법관을 둠으로써 실현될 수 있다. 이 법관들의 임무는 원래 선고되었던 형벌을 변경하는 조치들과 형벌집행방식의 본질적인 부분에 관련된 모든 조치들에 대한 결정권을 행사하는 것이다."[39]

이어서 1969년 9월부터 10월에 걸쳐 로마에서 개최된 제10차 국제형법회의의 제3 분과 일반보고서에서도 범죄학적 관점에서 행형의 개별화(Individualisierung)를 요청하며 수형자의 지위와 관련하여 행형의 법치국가적 통제를 강조한다. 그리고 총회에서는 형벌의 확정과 적용에서의 법관의 역할에 대한 다섯 가지의 결정문을 승인하는데 그중 마지막 세 가지가 행형과 관련한 다음의 권고안이다:

(Ⅲa) 형벌과 보안처분의 집행은 법률에 의해 규율되고 법관에 의해 통제되어야 한다.

(Ⅳ) 형벌과 보안처분의 집행에서 수형자의 법적 지위와 관련한 문제들은 법관의 관할 아래 있어야 한다.

(Ⅴ) 형벌과 보안처분의 집행에서 원래의 판결을 본질적으로 변경하는 모든 조치는 행형을 통제하는 사법적 기구에 위임하여야 한다.[40]

이와 같은 국제회의에서의 결정들은 이후 행형개혁의 국제적 흐름에서 중요한 역할을 하게 되는데, 행형개혁과 관련한 국제적 논의에서 일치를 보이는 점은 법관의 형벌선고가 - 보안처분의 경우는 더욱 더 - 수학적으로 잘 계산된, 확정된 것이 아니라, 행형과정에서 시간의 흐름에 따른 개별적 처우의 필요에 의해 - 경우에 따라서는 심지어 형벌의 종류까지 - 변경할 수 있고 종종 변경해야만 하는 결정이라는 것이다. 문제는 형벌을 그때 그때의 주어진 필요에 따라 사후적으로 적응시키는 일을 어떤 기관

39) Günter Blau, Der Vollstreckungsrichter. In: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollstreckungskommission. Bd. 10, 1970, 48면 참조.
40) Günter Blau, 앞의 글, 43면 참조.

이 담당하느냐, 즉 법원이냐 교정당국이냐 하는 것이다. 이 문제에 대한 각국의 해결의 예는 네 가지 모델로 분류할 수 있다.[41]

네 가지 모델 중 한쪽의 끝에는 미국 캘리포니아의 모델이 위치하는데, 거기에서 법관은 내용이 확정되지 않은 판결만을 선고하고 그 판결을 개별화하여 적용하는 것은 전적으로 행정관청(California Adult Authority)이 담당한다. 즉 법관이 행형과정에 전혀 개입하지 않는 것이다. 우리나라와 일본의 모델이 이와 같은 모델을 답습했음은 물론이다.

다른 한쪽의 끝에는 프랑스와 이탈리아의 모델이 자리한다. 프랑스의 행형법관(juge de l'application des peines)은 행형에 매우 깊숙이 개입하여 행형과정의 모든 구체적인 부분들, 즉 분류심사에서부터 귀휴결정에 이르기까지 직접 결정한다. 비슷한 예는 이탈리아와 포르투갈, 브라질에서 찾아볼 수 있다.

이 양극의 사이에 위치한 모델 중 하나는 1977년 행형개혁 이전의 독일과 몇몇 나라들에 해당하는 모델로서, 거기서 법관은 단지 형벌의 종류와 형량만을 추상적으로 확정하는 것이 아니라 몇 가지 사후적인 형벌의 수정, 즉 벌금형에 대한 대체형벌의 집행명령이라든가 특히 가석방의 결정과 철회 등을 직접 담당한다. 반면에 행정당국은 행형의 형태와 행형에서의 휴가 여부 등을 결정하고 행형시설을 선택하며, 개별적인 계사회화조치들을 결정한다.

중간에 위치한 또 다른 모델은 오스트리아와 대부분의 과거 사회주의 국가에서 찾아볼 수 있는 예로서, 법관(즉, 사실심 법관)이 이미 판결을 선고할 때 구체적으로 행형의 형태를 결정하는 경우이다. 예컨대 사회주의 국가들의 경우처럼 법관이 판결문 가운데 수형자가 어떤 수용시설에서 어떤 교육을 받게 될지를 확정하거나, 오스트리아의 경우처럼 행형법관이 수

41) 이하 자세한 것은 Günter Blau, 앞의 글, 44면 이하; Günter Kaiser, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983 참조.

형자가 개방교도소에 수감될지의 여부를 결정하는 것이다. 나아가서 이러한 국가에서는 수형자의 분류처우등급을 사후적으로 법관이 결정하기도 한다.

이와 같은 기본적인 네 가지 모델에 대한 이해를 바탕으로 아래에서는 몇몇 국가의 입법례를 구체적으로 살펴보려 한다.

2. 미 국

미국의 경우 행형에 대한 규율은 각 주의 권한이기 때문에 행형의 현실도 각 주마다 다를 수밖에 없다. 각 주마다 다른 형사제재체계를 갖고 있기 때문에 행형에 대한 통일적 규정을 기대하기는 어려운 일이다. 헌법이나 연방법, 그리고 연방의 판례는 단지 행형법의 최저기준을 제시할 뿐이다.

행형에 대한 법관의 참여와 관련하여서는 대부분의 주에서 앞서 말한 캘리포니아의 모델을 따르고 있는 것으로 보인다. 즉 법관은 행형에 전혀 개입하지 않는 것이다. 그러나 거의 모든 주에서 訴願提起절차(prison grievance procedures)에 대한 규정을 두고 있으며, 절반 정도의 주에서 "옴부즈맨"과 같은 기관에 청원할 수 있는 가능성을 두고 있다. 그리고 법원의 판례는 수형자의 권리를 폭넓게 인정하고 있는데, 몇 가지 예를 들면 다음과 같다.[42]

우선 판례는 법원에 권리구제를 신청할 수 있는 수형자의 권리를 제한없이 보장하고 있다. 이러한 권리는 절대적인 것으로 행형당국의 정당한 이해관계에 의해서도 제한될 수 없다고 한다. 변호인과의 서신교환은 공개나 검열이 금지되며, 변호인이나 법원과의 서신교환때문에 징계를 받는 것은 헌법에 어긋난다고 한다.

판례가 인정하는 또 다른 수형자의 권리는 법적 부조를 받을 수 있는

42) 이하 자세한 것은 Kaiser, 앞의 책, 193면 이하 참조.

권리이다. 연방대법원의 한 결정에 따르면 행형당국이 수형자에게 모든 문제에 대해 자유롭게 법원에 권리구제를 신청할 수 있는 장치를 보장하지 않을 경우 동료수형자 - 이른바 "writ-writers" 또는 "jailhouse lawyers"라고 하는 - 에게서 법적 부조를 받을 권리를 보장해 주어야 한다고 한다. 1978년을 기준으로 70% 이상의 교정기관이 수형자에게 법적 부조를 받을 수 있는 프로그램을 마련해 놓고 있지만, 그 질적 수준은 교정기관마다 상당한 차이를 보이고 있으며 동료수형자에 의한 도움은 많은 위험성을 드러냈다고 한다. 잘못된 법률자문과 그로 인해 갖게되는 잘못된 희망이 갖는 위험이 우선 존재하고, 더 나아가 이른바 "jailhouse lawyers"들이 내부적 "보수체계"에 의해 대가를 보상받게 되는데, 심지어는 (동성애적) 매춘이 그 대가로 이용되는 경우도 자주 있다고 한다. 이런 문제에 대한 대안으로 로스쿨의 학생이나 변호사에 의한 법률자문이나 국선변호를 받을 기회의 화대 등이 제안되고 있다.[43]

더 나아가 판례는 행형의 조직과 규율을 위한 행형당국의 조치에 대한 통제의 가능성을 어느 정도 인정하고 있다. 우선 분류처분에 대해서는 행형당국의 자의와 차별이 의심되는 경우에만 법원이 이를 심사하고, 그 밖의 분류처분에 대한 통제는 절차적 규정을 준수했는가의 여부에 대한 통제로 제한되고 있다 시설 내 안전을 위한 조치로서 이루어지는 독방구금에 대해서는 잔혹하거나 기타 금지된 징계를 방지한다는 측면에서만 법원의 심사가 이루어진다. 기타의 징계조치에 대해서 법원은 징계의 원인이 된 행위자체를 심사하지는 않고 부과된 징계의 종류만을 통제하고 있다.

요컨대 미국의 경우 법원은 적극적으로 행형에 개입하지 않고 행형업무가 행정에 위임되어 있지만. 수형자의 권리구제신청에 의해 분류처분부터 시설 내 징계에 이르기까지 일정한 정도의 사법적 통제가 이루어지고 있다고 할 수 있다.

---

43) Kaiser. 앞의 책. 195면.

3. 이탈리아

1930년의 이탈리아 형법(codice penale: 이하 c. p.로 약칭)은 유럽에서 최초로 행형분야에 대한 법관의 참여를 규정하였다. 이러한 개정은 현대의 형사사법에서는 자유형의 개별화, 즉 판결의 사후적 수정이 요청되며 이는 사법적 기구가 담당하여야 할 과제라는 근본인식에 따른 것이었다.[44]

c. p. 제144, 148, 627조와 이탈리아 행형법 제4조에 따르면 이탈리아의 행형법관은 세가지의 과제영역을 갖는다. 즉, (1) 행형당국의 개별적 업무에 개입하지 않는 선에서 행형시설을 규칙적으로 감찰하는 일, (2) 수형자를 특별한 수용시설에 수용하는 것과 같은 자유형의 개별화에 대한 결정권한을 행사하는 일과 (3) 수형자의 가석방 및 사면과 관련한 자문역할을 수행하는 일이 그것이다.[45]

이탈리아의 모든 법원은 관할구역의 범위와 관할구역내 수형자의 수에 따라 한 명 또는 여럿의 행형법관을 두고 있다. 행형법관은 대개 영장심사법관이 겸임하거나 1심재판의 법관이 되기도 한다.[46]

행형법관은 추가적인 보안처분의 부과나 가석방의 권고 등을 위해 필요한 자료를 행형시설의 장으로부터 제공받는다. 이러한 자료를 검토해서 행형법관으로서의 처분을 부과할 필요가 있다고 판단되면 수형자에게 이를 통보하고 나름대로 조사를 실시하며, 특별한 경우 전문가의 의견을 구할 수도 있다.

나아가 행형법관은 행형을 통제하는 과제를 수행하기 위해 두 달에 한 번씩 관할구역 내의 행형시설을 방문하여 규정들이 지켜지고 있는지를 확인하고 법무부장관에게 보고서를 제출하여야 한다. 그 밖에도 그는 독자적으로 행형에 개입할 수 있는데. 예컨대 특별한 경우 직접 징벌권한을 행사

---

44) Günter Blau, 앞의 글, 48면.
45) Günter Blau, 앞의 글 49면.
46) Günter Blau. 앞의 글 51면.

하고. 행형법이 그에게 위임한 권한, 즉 수형자에게 독거를 지정하거나 시설 외에서의 작업 및 휴가를 허가하는 권한을 행사하는 것 등이 그것이다.

4. 프랑스

프랑스에서도 전통적으로 법관의 임무는 판결선고에서 끝나고 행형은 행정에 위임되어 있었다. 그러나 재사회화를 행형의 목적으로 설정하면서 이를 위해 수형자의 개인적 특성을 관찰하고 그에 맞는 적당한 재사회화 조치를 정하기 위해서는 행형의 개별화와 사법적 통제가 불가피하다는 인식 아래 1959년 형사절차법(Code do procedure penal: 이하 C.P.P.로 약칭)의 개정을 통해 행형법관(juge de l'application des peines)이 라는 기구를 신설하였다.

프랑스의 행형법관은 법원에서의 사법적 과제는 물론 행형시설에서의 행정적 과제를 담당하는 이중의 지위를 갖기 때문에 행형의 영역에서도 상당한 결정권을 행사한다. C.P.P.제722조는 행형법관의 과제와 관할을 다음과 같이 규정한다:

"행형법관은 행형에서 모든 수형자의 처우에 대한 본질적 변경, 특히 시설 외에서의 작업의 여부, 외출 및 휴가의 허가에 대해 결정한다. 긴급을 요하는 경우를 제외하고 행형법관은 행형위원회의 의견을 고려하여 그의 결정을 내려야 한다. 이 위원회의 구성과 업무에 대해서는 규칙이 정하는 바에 의한다."

행형법관은 휴가를 허가하고 개방행형의 허락 여부를 결정한다. 또 그는 행형시설내 규칙의 이행과 행형시설의 장이 부과한 규율조치를 통제한다. 보호관찰부 집행유예에서 원조와 통제조치들의 이행을 감독하는 것도 그의 과제이다. 보호관찰기구의 장으로서 그는 피관찰자에게 부여된 과제의 변경 등을 통해 피관찰자의 법적지위에 영향을 미칠 수 있다.

5. 독 일

가. 법원 내 행형부의 신설

독일은 1975년 법원조직법 개정을 통해 주법원(Landgericht) 내에 행형부(Straf-vollstreckungskammer)를 신설하였으며 1976년의 행형법 개정을 통해 행형부의 관할사항을 규정하였다. 이러한 행형부의 도입은 70년대 형법개혁의 발전경향 및 목표설정과 밀접한 관련을 갖는 것이었다. 그것은 즉 한편으로는 형사제재의 실제적 효과를 묻지 않는 맹목적인 응보형법으로부터 결별하고 형사제재를 광범위하게 범죄자의 개인적 특성과 그 발전과정에 맞추려는 특별예방적 대응체재의 지향이었으며, 다른 한편으로는 수형자의 법적 지위에 대한 국제적 요청에 따라 수형자에 대한 법적 구제장치를 보장하려는 법치국가적 노력이었다.[47]

이러한 목표설정은 실체형법의 개정만으로 도달할 수 없는 것으로 절차법적 개정이 뒤따라야만 하는 것이었고, 행형분야에서 이러한 개혁의 절차법적 기본요소가 이른바 “행형에 가까운(vollzugsnah)” 행형법원의 개념이었다. 즉 그때까지 다양한 법원에서 수형자와 관련한 문제들을 다룸으로써 불가피하게 수형자의 개인적 특성을 무시한 “익명의” 결정을 내려야만 했던 문제를 개선하고 행형의 실무와 판결선고 후 수형자의 개인적 발전을 고려한 합리적 결정을 내리기 위해서는 행형법관이 행형의 현장에 있어야 한다는 것이다. 그리고 이러한 “행형에 가까운” 행형법원은 행형실무를 잘 아는 전문적 법관들이 행형과 관련한 문제들을 집중적으로 심리하여 통일되고 균등한 결정들을 이끌어 냄으로써 가능해진다는 것이다(이른바 ‘전문화’ , ‘집중화’의 원칙)

---

47) 자세한 것은 Heinz Müller-Dietz, Die Strafvollstreckungskammer - Konzeption und Funktionen des vollzugsnahen Gerichts. In: Jura 1981, 57-65면, 113-125면 참조.

나. 행형부의 관할

이러한 개혁목표의 설정에 따라 행형부는 행형분야에서 이른바 '사후결정(Nachtragsentscheidung)'의 영역과 수형자에 대한 사법적 구제의 임무를 담당한다(독일행형법 제179조 2호, 3호). 우선 행형부가 담당하는 '사후결정'이란 사실심법원이 판결로 선고한 형벌을 행형과정에서 사후적으로 변경하거나 변형하는 모든 조치를 말하며, 실질적으로 행형의 내용을 구성하게 되는 결정들을 말한다(독일 형소법 제462a, 463조 및 독일 법원조직법 제78a조 1항 1호). 그리고 행형부는 행형분야에서 행형기관이 내리는 조치들에 대한 심사를 담당하며 수형자에 대한 사법적 구제가 여기 해당한다(독일 행형법 제109-121조 및 독일 법원조직법 제78a조 1항 2호).

이른바 '사후결정'의 경우에는 법원이 우선적 관할권을 갖는다. 즉 행형부가 행정기관의 전치과정 없이 직접 결정을 담당한다. 반면에 행형조치에 대한 사법적 통제의 경우에 법원은 행정심판등을 거친 이후의 이차적 관할권을 갖는다.[48]

구체적으로 행형부의 사물관할은 다음과 같다.

1) '사후결정'의 성격을 갖는 영역: 형집행(Strafvollstreckung)[49]

과 관련한 결정들

a. 집행유예에서의 사후적 결정들 (형법 제56, 58, 59조)

b. 보호관찰부 가석방에 대한 결정 (형법 제57조)

---

48) Müller-Dietz, 앞의 글, 60면.

49) 독일에서는 'Sfravollstreckung'과 'Strafvollzug'을 구별하여 사용하고 있는데 이를 우선 '형집행'과 '행형'으로 번역하기로 한다. 자유형의 집행에서 'Strafvollstreckung'은 주로 형집행의 '여부'와 관련한 것으로 판결집행의 시작과 전반적 감독을 의미하는 반면, 'Strafvollzug'은 형벌집행의 '방법'과 관련한 것으로 자유형의 구체적 집행과정을 의미한다. 또 다른 구별로는 'Strafvollstreckung'은 일반적으로 형벌 일반의 집행과 그 감독을, 'Strafvollzug'은 자유형과 자유박탈을 수반하는 보안처분의 집행만을 의미하여 각각 '넓은 의미의 행형'과 '좁은 의미의 행형'으로 번역되기도 한다; Müller-Dietz, 앞의 글 61면 참조.

c. 자유박탈을 수반하는 보안처분의 영역에서의 결정 (형법 제67조 이하)

d. 보안처분과 형벌의 집행순서 및 보안처분 집행기간의 형벌기간 산입 등에 대한 결정 (형법 제67조)

e. 행태감독 (형법 제61조 5호, 제68조)

f. 기타 형집행여부(Strafvollstreckung)와 관련한 결정들 - 예컨대 형벌연기, 형벌기간의 계산, 형집행허용에 대한 이의제기 등.

2) 행형(Strafvollzug)의 분야에서 행형기관의 조치에 대한 사법적 통제 (행형법 제109조 이하)

다. 행형부의 구성

행형부는 해당구역에 행형시설이 있는 주법원에 설치되며(법원조직법 제78a조 1항 1호) 해당구역 내의 행형시설에 대한 장소적 관할권을 갖는다(형소법 제462a조, 행형법 제110조).

행형부의 구성도 행형부의 두가지 과제와 직접 관련을 맺는다. 즉 이른바 '사후결정'과 관련해서는 해당사례가 2년 이하의 자유형에 해당하는 경우한 사람의 법관으로 구성된 '작은 행형부'에서, 기타의 경우에는 3인의 법관으로 구성된 '큰 행형부'에서 각각 담당한다(법원조직법 제78b조 1항 1호). '사법적 통제'의 사안은 원칙적으로 한 사람의 법관이 담당하지만 사안이 법적으로 어렵거나 특별히 중대한 의미를 지닐 때에는 3인의 법관으로 구성된 합의부에 넘길 수 있다(법원조직법 제78b조 1항 2호).

라. 사법적 구제의 절차

위의 두 가지 행형부의 과제영역과 관련한 절차법적 규정, 즉 수형자가 자신의 권리구제를 신청할 수 있는 방법은 다음과 같다.[50]

---

50) 이하 자세한 것은 Rolf-Peter Calliess, Strafvollzugsrecht, 1978, 62-72면 및 68면의 도

1) 형집행(Strafvollstreckung)과 관련한 법적 구제

수형자가 형집행결정 자체에 이의가 있을 때에는 형소법 제462a, 463조에 따라 지방법원 합의부에 이의신청을 하고(항소법원이 1심으로 판결한 경우에는 고등법원에 직접 이의신청을 한다: 형소법 제462a조 5항), 지방법원의 결정에 이의가 있을 때에는 고등법원에 즉시 항고할 수 있으며(형소법 제311조), 항소법원이 제1심으로 관할하는 사건 중에 집행유예의 취소, 형의 면제의 취소, 유보된 형의 선고, 잔형(殘刑)의 유예 및 그 취소 등에 대해서는 연방법원에 항고할 수 있다(형소법 제304조 4항 5호, 제311조)

2) 행형(Strafvollzug)에서의 조치들에 대한 구제신청

수형자가 행형당국의 조치에 이의가 있을 때에는 행형법 제109조 이하가 규정하는 네 가지의 법적 구제수단에 호소할 수 있다.

첫째, 교도소장이 내린 행형조치나 행형조치의 기각 또는 중단에 대해서는 지방법원 행형부에 사법적 결정을 신청할 수 있다. 이 때 행정심판 전치규정이 있는 경우(행형법 제109조 3항)에는 소장에게 먼저 이의를 신청하고, 이것이 받아들여지지 않으면 법무장관이나 행형공무원의 장에게 항고한 후 지방법원에 사법적 결정을 신청할 수 있다. 지방법원의 결정에 불복할 때에는 고등법원에 항고하거나(행형법 제116조 이하), 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다(헌법재판소법 제90, 93조). 또 여기서도 권리구제가 되지 않을 때는 유럽인권위원회에 개인적인 소원을 제기할 수 있다(유럽인권협약 EMRK 제25조).

둘째, 행형법 제108조 1항에 의해 수형자는 개별적인 소원권(訴願權, Beschwerderecht)을 갖는다. 즉 수형자는 자신이 관계된 사건에서 그의

표 참조.

바람이나 제안, 이의 등을 소장에게 제기할 권한을 갖는다. 이를 위해 수형자에게는 적어도 일주일에 한번의 면담시간이 제공되어야 한다. 소원권과는 별도로 수형자는 제108조 2항에 따라 감독관청(법무부)에서 파견한 사람이 행형시설을 시찰할 때 그에게 특별히 진술할 권리를 갖는다.

셋째, 행형법 제108조 2항에 따라 수형자는 교도소장의 결정에 대해 직무감독에게 이의제기를 할 수 있다.

넷째, 수형자는 청원권을 갖는데. 이것은 모든 해당 관청과 의회에 대한 요청과 소원을 의미한다(기본법 제17조). 해당관청은 사실조사와 회답을 해야 할 의무가 있으며 그 회답에는 최소한 청원내용을 인지했음과 그 해결방법이 밝혀져 있어야 한다. 의회에 대한 청원은, 비록 의회 자체는 결정권한이 없다 하더라도, 특별한 중요성을 갖는다. 의원들의 사실적 · 정치적 권능과 문제에 대한 공개적인 토론의 가능성은 많은 경우 사법적 통제보다 더 효력을 발휘할 수 있다.

Ⅳ. 결론 - 한국에서 "행형법관"의 도입 가능성

행형에 대한 사법적 통제가 갖는 규범적, 형사정책적 당위성에도 불구하고 한국의 형사사법체계에서 '행형법관'이 제도화될 전망은 매우 불투명하다. 우선 지금까지 행형과정의 모든 결정권한을 갖고 있던 법무부와 교정당국이 이러한 권한들을 대폭 사법부에 이양하는 제도변화에 찬성할 가능성이 극히 적다. 다른 한편으로 사법부의 입장에서 보더라도 이미 과중한 업무부담에 시달리고 있는 상황에서 그리 달갑지 않은 새로운 업무를 넘겨받게 되는 것을 환영하려 하지는 않을 것이다.[51]

---

51) 실제로 독일의 경우 행형부는 업무량이 가장 많으면서 법관들이 배정되기를 가장 꺼려하는 부서라고 한다. 이에 대해 Hans P. Dünkel, Die strafvollstreckungskammerweiterhin ein

그러므로 법원에 행형법관이나 행형부 등을 새로이 설치하는 문제는 당장 도입하기는 힘든, 다만 장기적으로 검토할 수 있는 과제가 될 것이다.

그러나 현행 제도 아래서 소폭의 개혁을 통해 행형에 대한 사법적 통제를 어느 정도 실현할 수는 있을 것이다. 그러한 '단기적 과제'로는 - 예컨대 독일에서 형집행여부와 관련한 결정들을 법관의 일차적 관할아래 두듯이 - 우선 가석방의 결정을 사법부의 관할로 옮기거나 적어도 사법부가 그 결정에 참여할 수 있는 길을 여는 것, 수형자의 분류·처우와 관련하여 특히 행형의 형태를 결정하는 문제 등에 대한 법관의 사전적 참여가 가능하도록 하는 것, 행형시설 내의 징벌조치에 대한 법관의 사전적. 사후적 통제를 가능하도록 하는 것 등을 들 수 있다.

그 동안 우리의 형사사법은 특히 소송 전 절차인 수사절차에 대한 사법적 통제의 제도화를 통해 법치국가적 형사절차 실현이라는 점에서 많은 진전을 이루었다. 이제는 소송 이후 절차인 행형분야에 대해서도 이와 같은 개혁을 생각할 때이다. 즉 그리 밀지 않은 과거에 구속영장실질심사와 "영장전담판사"가 제도화 된 것을 고려하면 행형에 대한 사법적 통제의 길을 확대하고 나아가 행형분야를 담당하는 법관을 제도화하는 것도 전혀 가능성이 없는 일만은 아닐 것이다. 형사절차의 앞부분에 위치한 수사분야에 대한 사법부의 개입과 통제를 법제화 한 것과 같은 형사정책적 고려에서 형사절차의 뒷부분을 구성하는 행형분야에 대한 사법부의 참여와 통제를 법제화함으로써 형사절차 전반의 법치국가적 지평이 확대되기를 기대하기 때문이다.

---

unbeliebter Torso? In: BewHi 1992, 196면 이하 참조.

Über Einführung des Strafvollzugsrichters

Bezüglich der Reform des koreanischen Strafvollzugsgesetzes vom 28. 12. 1999 will diese Arbeit auf die Defizite der Reformen, besonders auf die Unzulänglichkeit der Reform in der verfahrensrechtlichen Seite hinweisen. Aus der Erkenntnis, dass die richterliche Kontrolle unentbehrlich für die Gewährleistung des Reformziels, nämlich des rechtsstaatlichen und humanen Strafvollzugs, ist, stellt dieser Aufsatz die Rolle des Richters bei der Vollzugsreform in den Mittelpunkt der Diskussion.

Im ersten Teil der Arbeit wird die Problematik der letzteren Strafvollzugsreform hingewiesen. Im zweiten Teil werden die Begründungen der richterlichen Kontrolle erwähnt. Für die Betrachtungen, aus welchem Grund die richterlichen Kontrolle im Strafvollzug erforderlich sein soll, werden das verfassungsrechtlichen Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, der Funktionszusammenhang des Vollzugs mit anderen Instanzen der Umsetzung der Kriminalsanktion und die Problematik der Freiheitsstrafe erörtert.

Im dritten Teil werden die internationalen Beispiele der richterlichen Kontrolle beim Strafvollzug angeführt. Sie werden zunächst nach dem Umfang der richterlichen Mitwirkung im Strafvollzug in vier Kategorien eingeteilt. Anschließlich werden die besonders anschaulichen Beispiele, wie die in U. S. A, Italien, Frankreich und Deutschland, dargelegt.

Am Ende der Arbeit wird erörtert, ob es die Möglichkeit besteht, den Strafvollzugsrichter oder die Strafvollstreckungskammer wie in Deutschland in

* Professor, Department of Law, Hankyung University. Dr. iur.

koreanischen Strafjustizsystem einzuführen. Aus der Erfahrung, daß der Haftrichter nach den jahrzehntelangen Reformbemühungen in dem koreanischen Justizsystem sich verankert hat, sieht der Verfasser die Möglichkeit, daß auch der Vollzugsrichter in koreanischen Rechtssystem eingeführt werden kann.

범죄유형별 심각성 가중치를 이용한 범죄발생의 질적 분포와 추세

김준호* / 손장권** / 박철현***

Ⅰ. 문제제기

범죄통계는 어떤 특정한 지역의 범죄의 규모나 변화추이를 나타내주는 중요한 자료 중의 하나이다. 범죄통계는 지구상에 존재하는 공식통계 중에서 가장 신뢰하기 어려운 통계라는 평가를 받기도 한다. 이것은 범죄통계가 전체의 범죄규모나 추이를 정확하게 반영하지 않고 있다는 불신에서 기인한다. 예를 들어 많은 수의 범죄가 범죄통계에 집계되지 않고 숨은 범죄(hidden crime)로 남는다든지, 형사사법기관이 피의자의 사회인구학적 특성에 따라서 차별적으로 대응하기 때문에, 특정집단의 범죄율을 실제보다 과대평가 한다든지 하는 비판을 받아왔다.

이러한 여러 비판들 중의 하나는 범죄통계가 범죄의 질적 측면에 대해서는 거의 감안하지 않는다는 것이다. 예를 들어 A지역에서 살인이 10건이 발생하고 절도가 10건이 발생하고, 3지역에서 절도만 30건이 발생했다고 할 때, 우리의 통상적인 범죄통계에 따르면, A지역에 비해 B지역이 범죄율이 훨씬 높은 것으로 나타날 것이다. 또한 특정 시기에 보다 심각한 범죄가 증가했거나 감소했다면. 기존의 범죄통계는 전혀 이러한 변화를 보

* 고려대 학교 사회학과 교수, 사회학박사
** 고려대학교 사회학과 교수, 사회학박사
*** 한국형사정책연구원 부연구위원, 사회학박사

여주지 않을 것이다.[1])

최근의 형사정책적 동향은 범죄의 두려움(fear of crime)의 감소를 과거에 비해 훨씬 더 강조하고 있는 추세라고 할 수 있다. 특히 살인이나 강간과 같은 심각한 범죄들은 일반 시민들이 매우 두려움을 많이 느끼는 범죄유형이라고 할 수 있는 반면에, 절도와 같은 범죄는 상대적으로 두려움을 적게 느끼는 범죄이다. 그러나 기존의 범죄통계는 하나의 지표로서 거의 이러한 측면을 보여주지 못하고 있다. 이것은 기존의 범죄통계가 범죄의 양적인 측면에 주로 편중되어 있기 때문이다. 따라서 양적인 측면은 물론, 질적인 측면까지도 모두 반영되는 하나의 단일한 지표를 만드는 것은 매우 유용하다고 할 수 있을 것이다.

따라서 이 연구는 기존의 범죄통계를 개선할 수 있는 대안적 지표를 만들고, 이것의 유용성을 살펴보고자 한다. 이를 위해 기존의 심각성점수(serious score)를 이용하여 각 유형의 범죄건수에 가중치를 부여하여 범죄현상을 나타내는 새로운 지표를 만들 것이다. 또한 기존의 범죄통계와 어떤 차이를 나타내며, 이것의 의의는 어떤 것인지를 검토한다.

Ⅱ. 기존연구들

범죄현상은 크게 추이와 분포로 나누어서 살펴 볼 수 있다. 국내에서 이러한 목적으로 사용되는 기본 통계는 대검찰청의 「범죄분석」과 경찰청의 「범죄분석」의 두 가지가 주로 원자료로 이용된다. 범죄의 추이나 지역별 분포를 보여주는 연구들은 대부분 이 두 가지 자료를 적절히 가공한 것이라고 할 수 있을 것이다. 범죄의 추이에 대한 포괄적인 형태의 연구들로는 한국형사정책연구원에서 출간된 두 보고서(최인섭 · 진수명. 1999; 이상

1) 범죄통계의 일반적인 문제점들에 대해서는 김준호, 이동원. 1991을 참조

철・기광도. 1994)가 있으며, 이들은 범죄유형별로 지역별 범죄추이도 함께 다루고 있다. 그 외 특정의 범죄유형이나 주제와 관련한 특정분야에 국한된 범죄추이에 대한 연구들(연성진, 1999; 최인설・이상용・기광도, 1999; 김성언・노성호, 1999 등)이 있으며, 이러한 연구들도 모두 대검찰청과 경찰청의 두 원자료를 기초로 하고 있다. 그리고 범죄통계를 통해 국가간 범죄율을 비교한 연구(김준호, 1990)가 또한 있다.

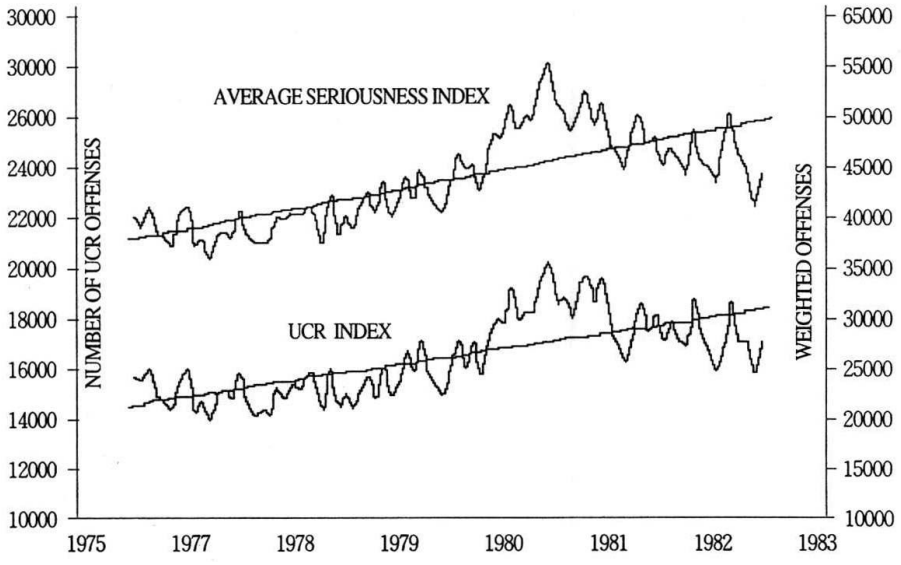
그러나 이러한 연구들 중 범죄의 유형별 심각성을 고려하여 하나의 단일한 지표를 통해 범죄를 설명하고자 한 연구는 국내에서 없다고 할 수 있다. 따라서 대부분의 연구들은 어떤 지역이나 시기의 범죄현상에서 질적인 변화를 살펴보기 위해서, 많은 표들을 범죄유형별로 다시 제시하는 번거로운 작업을 한 것이 사실이다. 그러나 범죄의 심각성을 나타내는 심각성점수를 이용하면, 이러한 번거로운 작업을 하지 않고서도 쉽게 질적인 측면을 감안한 범죄의 추이와 분포를 살펴볼 수 있다.

이러한 심각성을 나타내는 척도를 이용하여 범죄통계를 개선하려는 시도는 외국에서도 그다지 많지가 않다. 미국에서 이러한 접근을 최초로 시도한 사람은 블룸스타인(Blumstein, 1974)으로서, 그는 미국의 범죄통계인 UCR(Uniform Crime Report)에 셀린과 울프갱 (Sellin and Wolfgang, 1964)의 심각성점수(serious score)를 범죄유형별 가중치로 이용하여 범죄의 질적 측면을 감안한 범죄통계의 지표를 만들고, 이것을 UCR의 추이와 비교하였다. 그는 1960년에서 1972년 사이의 범죄추이에 대한 자료를 통해, UCR통계와 여기에 셀린-울프갱의 심각성점수를 가중한 가중통계치 간에 별다른 추이의 차이가 나타나지 않는다는 것을 발견하고, 심각성점수를 가중치로 감안하는 것이 범죄통계의 재선에 아무런 도움을 주지 못한다고 결론을 내렸다.

이 후 여기에 대해 아무런 연구가 없었다가, 비교적 최근인 1989년에 에퍼레인과 닌스텟(Epperlein and Nienstedt, 1989)은 애리조나의 UCR통계를

이용하여 블룸스타인의 연구를 그대로 반복하였다. 그들은 애리조나의 1976년에서 1983년 사이의 범죄통계를 이용하여 이것이 가중된 통계와 어떤 차이가 있는지를 살펴보았다. 다음의 그림1은 이것은 분석결과를 나타낸 것으로, 이 그림에서 기존의 범죄통계와 가중된 범죄통계가 거의 평행선으로 나타나는 것을 알 수 있다. 이것은 범죄통계에 범죄의 질적인 측면을 감안하더라도 별다른 차이를 나타내지 않는다는 것을 보여준다. 따라서 가중통계는 기존의 통계에 전체범죄의 평균 심각성을 곱한 것에 지나지 않는다는 것으로, 블룸스타인의 결론과 같이 범죄의 심각성을 감안하는 것이 범죄통계를 전혀 개선하지 못하는 것이다.

<그림 1> 미국 애리조나주의 범죄추이(UCR)와 심각성을 감안한 범죄추이



이와 같이 미국의 두 연구들은 범죄율에 범죄유형별 심각성을 가중하는 것이 범죄통계의 개선에 아무런 효과가 없다는 결론을 내리고, 이 후 여기에 대한 연구는 거의 보이지 않고 있다. 그러나 이 두 연구가 모두 같은 결론을 내놓고 있기는 하지만, 이 두 연구 모두 비교적 짧은 기간의 추이를 비교한 것으로, 보다 확실한 결론을 위해서 추가적인 연구가 필요하다고 할 것이다. 또한 국가간, 지역간 차이를 나타낼 가능성도 높으므로, 여기에 대한 추가적인 탐색이 필요하다고 할 수 있다. 따라서 이 연구는 1970년에서 2000년까지의 장기간 동안 한국의 범죄통계를 이용하여 범죄율과 가중된 범죄율을 비교하고자 한다.

Ⅲ. 연구방법

이 연구는 앞서 언급한 두 가지의 범죄통계 중 대검찰청에서 매년 발행하는「범죄분석」중에서 검찰에서 인지한 사건을 제외한 경찰인지사건을 이용한다. 검찰이 단독으로 인지한 사건은 건수에서 미미한 규모에 불과하기 때문에, 경찰인지사건만을 이용하더라도 전체적으로 별다른 문제는 없을 것으로 생각된다. 또한 인구 10만 명당 범죄율을 계산하기 위해 통계청의 추계인구를 이용하였다. 원래 대검의 범죄통계는 1964년부터 집계가 되어있지만, 통계청의 추계인구가 1970년부터 이용가능하였기 때문에, 범죄의 추이는 1970년부터 2000년까지가 대상이 되었다.

다음으로 범죄유형별 심각성에 따라서 가중된 통계치를 계산하기 위해서 두 가지의 척도가 이용되었는데, 하나는 국내에서 만들어진 비척도(ratio scale)이자 크기척도(magnitude scale)인 형사정책연구원의 심각성점수(박철현 외, 1999)를 이용하다(다음의 <표 1> 참조). 이것은 서울시에 거주하고 있는 일반인 1.277명을 대상으로한 설문조사를 통해서 만들어진

크기척도이며, 따라서 이것은 각 유형간에 절대적인 비교가 가능하다는 특징을 갖고 있다. 예를 들어 이 척도에서는 절도가 10점이고 강도가 40점이라면, 강도가 절도에 비해 4배의 심각성을 갖는 범죄라는 것을 의미한다.

<표 1> 범죄유형별 평균 심각성점수

순위	범죄유형	심각성점수[a]
1	살 인	17.66
2	강 간	9.92
3	강 도	3.23
4	사 기	3.00
5	절 도	2.65
6	폭 력	2.52

a: 한 범죄유형에 이용가능한 다수의 항목이 있는 경우는, 이들의 단순평균임

다른 하나는 1994년에서 1998년 사이에 각각의 범죄유형별로 실제로 선고된 추정평균형량이 이용되었다(<부록 1>을 참조). 후자는 법원행정처의 「사법연감」에 수록된 형량 통계가 구간화되어 있는 자료이기 때문에, 급간자료의 평균을 내는 공식을 원용하여 평균을 추정한 것이다. 급간자료의 평균을 계산하는 공식은 정확한 급간거리에서 도출된 중앙치를 이용하지만, 법원행정처의 통계는 정화한 급간을 갖고 있지는 않지만, 평균을 추정하는 목적에는 큰 무리가 없는 자료라고 할 수 있다. 특히 범죄유형별로 평균을 비교하는 목적으로는 충분한 자료가 된다고 할 수 있을 것이다.

한국의 범죄통계는 불행히도 범죄유형을 정확히 알 수 없는 경우가 너무나 많다. 예를 들어 특정범죄가중처벌법에는 절도. 도주차량 등의 매우 상이한 유형의 범죄가 함께 포함되어 있다. 따라서 범죄유형을 폭행, 절도, 사기, 강도, 강간 등으로 대분류하면 이러한 법에 저촉된 많은 범죄들을 감안하기가 어려워진다. 그러나 사법통계상의 평균형량을 이용하면, 이렇

게 범죄유형이 불분명한 경우에도 쉽게 그 심각성을 감안할 수 있다는 장점이 있다. 이러한 한국의 범죄통계상의 특수성을 감안하면, 평균형량을 이용하는 것이 범죄의 심각성을 범죄통계에 감안하는 거의 유일한 방법이라고 할 수 있을 것이다.

이 연구에서 심각성을 가중한 가중통계 또는 가중범죄율을 구하기 위해서, 각 범죄유형의 건수에 각 범죄유형의 심각성점수를 곱한 후 이것을 다시 합산하여 구했으며, 구체적인 공식은 다음과 같다.

$$\text{가중범죄율} = \sum_{i}^{n} Xi\,S\,i$$

위의 가중범죄율을 구하는 공식에서 Xi는 I번째 범죄유형의 범죄율, Si는 I번째 범죄유형의 심각성점수를 나타낸다. 또한 n은 범죄유형의 총 개수를 나타내며, 위의 심각성점수를 이용한 경우에는 6이며, 추정평균형량을 이용한 경우에는 부록에 제시된 바와 같이 47이 된다. 이 47개 범죄유형의 선정은 그 발생건수를 기준으로 발생빈도가 높은 유형을 중심으로 선정하였다.

Ⅳ. 분석 결과

1. 범죄의 지역별 분포

다음의 <표 2>는 1996년에서 2000년까지의 5년 동안의 살인, 강간, 강도, 절도, 사기, 폭력의 대분류된 6개 범죄의 지역별 분포를 살펴 본 것이다. 이 수치는 각 연도의 범죄건수를 모두 더한 다음 각 연도의 인구를 모두 더하여 평균범죄율을 산출한 것이다. 이 표에서 두 번째 칼럼의 전체범죄율은 검찰이 인지한 사건을 제외한 모든 범죄의 지역별 범죄율을 나타

내며, 세번째 칼럼은 위의 대분류된 6개 범죄유형을 합산하여 계산한 범죄율로서 해당 지역에 범죄가 양적으로 얼마나 많은지를 나타낸다. 그리고 네 번째 칼럼은 6개 유형별로 각각의 건수에 심각성점수를 곱하여 합산하여 계산한 가중범죄율로서, 이것은 그 지역의 범죄가 질적, 양적인 측면을 모두 종합하여 얼마나 심각한지를 나타낸다. 그리고 마지막 칼럼은 이 가중범죄율을 범죄율로 나눈 것으로, 해당지역의 범죄가 얼마나 심각한 범죄의 비율이 높은지를 나타낸다.

우선 인구 10만 명당 전체 범죄율을 살펴보면, 강원도가 가장 높은 4120.3건으로 나타났고. 그 다음으로 제주도가 4007.2건, 전남 광주가 3545.3건, 서울이 3544.9건의 순으로 높았으며, 반대로 경북・대구와 경기・인천, 전북은 각각 2956.6건, 3127.0건, 그리고 3232.4건의 순으로 낮았다. 다음으로 6개 대분류된 유형만을 추려서 계산한 범죄율을 살펴보면, 제주가 1388.7건으로 가장 높고, 그 다음으로 서울이 1378.1건, 경남・부산이 1311.5건, 전남・광주가 1310.9건, 강원도가 1292.8건의 순으로 높은 것으로 나타났다. 반면에 경북・대구는 876.3건으로 가장 낮았으며 그 다음으로 전북이 931.7건, 충남・대전이 980.8건의 순으로 낮았다. 이 두 범죄율을 비교하면, 전체범죄율에 비해서 6개 대분류된 유형만으로 계산한 범죄율의 지역별 분포가 다소차이를 나타내고 있는 것을 알 수 있다 이것은 6개의 대분류된 범죄유형에 상당히 많은 다른 범죄들이 포함되지 않고 있다는 것을 보여준다.

다음으로 범죄의 심각성을 감안한 가중범죄율을 살펴보면, 제주도가 가장 높은 3913.1이었고, 그 다음으로 서울이 3844.2, 전남・광주가 3735.3. 경남・부산이 3710.4, 강원도가 3663.7의 순으로 나타났다. 이것을 가중을 하기 전의 범죄율과 비교하면, 큰 차이를 보여주지는 않는다고 할 수 있다. 다음으로 가중범죄율을 범죄율로 나눈 결과를 살펴보면, 대체로 2.8대의 매우 일정한 수치로 수렴되고 있음을 알 수 있다.

<표 2> 최근 5년간 지역별 인구 10만명당 범죄율분포(1996-2000년): 6대 유형

지 역	전체범죄율	범죄율[a]	가중범죄율[b]	b/a
전 국	3462.6	1141.6	3226.3	2.826
서 울	3544.9	1378.1	3844.2	2.790
경기+인천	3127.0	989.9	2799.0	2.828
강 원	4120.3	1292.8	3663.7	2.834
충 북	3585.8	1018.4	2912.3	2.860
충남+대전	3400.3	980.8	2819.0	2.874
경북+대구	2956.6	876.3	2473.6	2.823
경남+부산	3883.9	1311.5	3710.4	2.829
전 북	3232.4	931.7	2703.3	2.901
전남+광주	3545.3	1310.9	3735.3	2.849
제 주	4007.2	1388.7	3913.1	2.818

(출처): 대검찰청, 「범죄분석」, 전체건수에서 검찰접수사건은 제외됨.

$$* b = \sum_{i}^{n} Xi\,Si$$

위에서 Xi는 I번째 범죄유형의 범죄율, Si는 I번째 범죄유형의 심각성점수

다음의 <표 3>은 47개 범죄유형을 대상으로 최근 5년간의 지역별 인구 10만 명당 범죄율 및 가중범죄율의 분포를 살펴본 것이다. 여기에 제시된 수치는 각 연도의 전체 범죄건수를 더한 다음. 각 연도의 인구수를 더한 수치를 나누어서 평균범죄율을 계산한 것이다. 우선 전체범죄율의 경우 충남이 5948.5건으로 가장 높았고, 그 다음으로 전남이 5837.1건, 강원이 4120,3건, 제주가 4007.2건. 경남・부산이 3883.9건, 충북이 3585.8건. 서울이 3544.8건의 순으로 높게 나타났다. 그러나 경북・대구는 2829.3건으로 가장 낮았고, 그 다음으로 경기・인천이 3127.0건, 전북이 3232.4건으로 낮게 나타났다. 다음으로 47개 유형만을 추려서 범죄율을 살펴본 결과, 역시 충남이 가장 높은 5109.1건으로 가장 높았고. 그 다음으로 전남이 4978.5

건, 강원이 3565.3건, 제주가 3514.5건, 경남 · 부산이 3082.8건, 충북이 3063.5건, 서울이 2872.2건의 순으로 높았다. 반면 경북 · 대구는 2379.1건으로 가장 낮았으며, 그 다음으로 전북이 2632.5건, 경기 · 인천이 2562.0건의 순으로 낮았다. 이 분석결과에서 전체범죄율과 47개만을 추려서 계산한 범죄율이 그 순위에 있어서 정확히 일치한다는 것을 알 수 있다. 이것은 앞의 6개 대분류유형의 범죄율이 이 유형들에 속하지 않는 여러 기타범죄들을 포함하지 않고 있다는 점과, 또 하나는 이 6개 유형에 포함되는 경우도 순수하게 가중의 목적으로 신설된 특별법위반에 속하는 경우가 많기 때문에 국내통계집계의 특성상 모두 누락된다는 점을 들 수 있다. 이를 통해 볼 때 기존의 범죄동향에 대한 많은 연구들에서 이러한 대분류된 유형을 추려내어 범죄율을 (지역별로) 산출하는 방식은 상당수의 범죄를 누락하며. 통계 자체를 왜곡할 가능성이 있다는 것을 보여준다.

다음으로 범죄의 심각성을 감안한 가중범죄율을 살펴보면, 앞서 살펴 본 가중하지 않은 범죄율과는 조금 달리 전남이 6111.9로 가장 높았으며, 그 다음으로 충남이 5963.2, 강원도가 4269.8, 제주도가 4165.8, 경남 · 부산이 3749.9, 서울이 3618.2, 충북이 3605.6의 순으로 높게 나타났다. 반면 경북 · 대구가 2823.0으로 가장 낮았고, 그 다음으로 경기 · 인천이 3120.1, 전북이 3132.8의 순으로 낮게 나타났다. 이 결과는 앞서 살펴 본 범죄율의 지역별 분포와 비교해서, 범죄의 질적 측면을 고려하면 전남과 서울의 순위가 1단계씩 뛰어오른 것을 보여준다. 이것은 범죄의 질적분포가 양적분포와 동일하지 않다는 것을 보여주며, 결과적으로 범죄의 심각성을 감안한 가중범죄율이 가치가 있는 척도라는 것을 보여준다.

<표 3> 최근 5년간 지역별 인구 10만명당 범죄율분포(1996-2000년): 47개 유형

지 역	전체 범죄율	범죄율[a]	가중범죄율[b]	b/a
전 국	3462.6	2821.8	3434.8	1.217
서 울	3544.8	2872.2	3618.2	1.260
경기+인천	3127.0	2562.0	3120.1	1.218
강 원	4120.3	3565.3	4269.8	1.198
충 북	3585.8	3063.5	3605.6	1.177
충 남	5948.5	5109.1	5963.2	1.167
경북+대구	2829.3	2379.1	2823.0	1.187
경남+부산	3883.9	3082.8	3749.9	1.216
전 북	3232.4	2632.5	3132.8	1.190
전 남	5837.1	4978.5	6111.9	1.228
제 주	4007.2	3514.5	4165.8	1.185

(출처): 대검찰청. 「범죄분석」, 전체건수에서 검찰접수사건은 제외됨.

$$* b = \sum_{i}^{n} Xi\,S\,i$$

위에서 Xi는 I번째 범죄유형의 범죄율, Si는 I번째 범죄유형의 추정평균형량

그리고 <표 3>에서 가중범죄율을 범죄율로 나누어 해당 지역에서 얼마나 심각한 범죄가 일어나는지를 살펴본 결과, 서울, 인천, 부산이 포함된 주로 도시지역이 심각한 범죄가 많이 발생한다는 것을 알 수 있다. 이것을 좀더 정확하게 살펴보기 위해서는 도시지역을 농촌지역과 분리해서 볼 필요가 있다. 다음의 <표 4>는 서울, 부산, 대구, 인천, 대전, 광주의 6개 대도시를 분리하여 중소도시 및 농촌과의 차이를 살펴본 것이다. 이 표를 보면, 가중범죄율을 범죄율로 나눈 수치가 6개 대분류된 범죄유형을 가중했을 때는 그다지 큰 차이를 보이지 않지만, 47개 범죄유형을 가중했을 때는

매우 뚜렷한 차이를 나타낸다는 것을 알 수 있다. 다시 말해서 대도시의 경우는 모두 1.2이상의 수치를 나타냈지만, 중소도시 및 농촌의 경우는 대부분 1.2 미만의 수치를 나타내었다. 그리고 유일하게 1.2 대의 수치를 나타낸 경기도의 경우는 도시화의 정도를 볼 때 사실상 대도시 지역이라고 할 수 있기 때문에, 이 수치가 도시화의 정도와 밀접히 관련되어 있는 것을 알 수 있다.

<표 4> 지난 5년간 대토시 VS 중소도시 · 농촌의 인구 10만명당 범죄율분포 (96-2000년)

지 역	전 체 범죄율	6개 대분류 범죄유형			47개 범죄유형		
		범죄율[a]	가 중 범죄율[b]	b/a	범죄율[a]	가 중 범죄율[b]	b/a
전 국	**3462.6**	**1141.6**	**3226.3**	**2.826**	**2821.8**	**3434.8**	**1.217**
대도시	**3531.8**	**1452.6**	**3587.3**	**2.470**	**2848.4**	**3535.0**	**1.241**
서 울	3544.9	1378.1	3844.2	2.790	2872.2	3618.2	1.260
부 산	3311.6	1143.7	3251.1	2.843	2519.1	3126.9	1.241
대 구	3542.9	1110.5	3109.5	2.800	2898.1	3480.0	1.201
인 천	3539.6	1107.0	3082.5	2.785	2943.1	3539.1	1.203
대 전	3198.2	1018.4	2901.9	2.850	2588.2	3156.2	1.219
광 주	4373.0	1826.7	5144.3	2.816	3611.0	4560.6	1.263
중소도시 및 농촌	**3315.2**	**1157.6**	**2897.6**	**2.503**	**2788.0**	**3332.5**	**1.195**
경 기	3009.9	956.6	2718.5	2.842	2453.8	3001.2	1.223
강 원	4120.3	1292.8	3663.7	2.834	3565.3	4269.8	1.198
충 북	3585.8	1018.4	2912.3	2.860	3063.5	3605.6	1.177
충 남	3551.8	952.6	2756.8	2.894	3170.8	3600.3	1.135
경 북	3248.2	876.4	2505.2	2.859	2805.9	3291.6	1.173
경 남	3622.0	1178.6	3323.7	2.820	2989.0	3580.4	1.198
전 북	3232.4	931.7	2703.3	2.901	2632.5	3132.8	1.190
전 남	3010.3	977.5	2824.5	2.889	2644.9	3165.7	1.197
제 주	4007.2	1388.7	3913.1	2.818	3514.5	4165.8	1.185

(출처): 대검찰청. 「범죄분석」, 전체건수에서 검찰접수사건은 제외됨.

* $b = \sum_{i}^{n} Xi\, S\, i$

위에서 Xi는 I번째 범죄유형의 범죄율, Si는 I번째 범죄유형의 추정평균형량

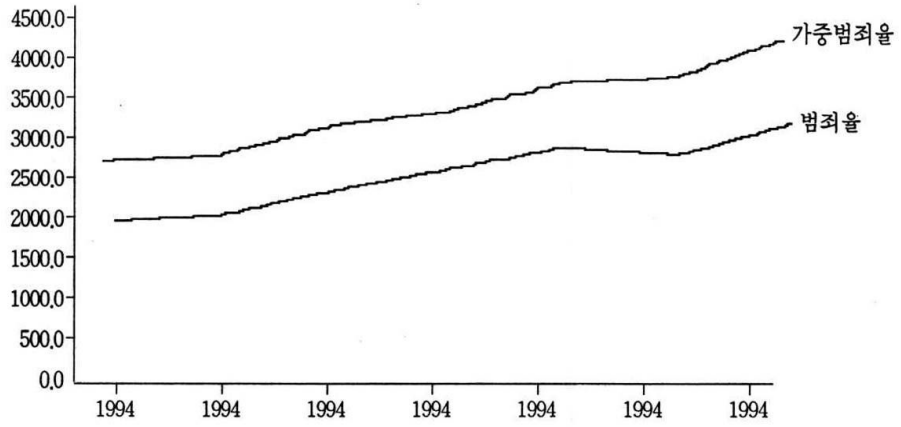
이 결과는 숨은 범죄(hidden crime)의 문제와 함께 중소도시나 농촌의 전체 범죄율이 3315.2건으로 대도시의 3531.8건에 비해서 크게 차이가 나지 않고 일부는 오히려 도시보다 훨씬 높은 범죄율을 나타내지만, 대도시의 범죄율이 훨씬 높다고 느끼는 이유를 설명하는 단서가 될 수 있을 것이다. 이것은 일반적인 대중의 범죄에 대한 지각은 범죄의 양적 측면보다는 오히려 범죄의 질적인 측면에 더 크게 영향을 받고 있다는 것을 보여주는 것이다.

그리고 47개 범죄유형을 중심으로 살펴보면, 심각성을 감안하지 않았을 때는 광주, 강원, 제주, 충남, 충북, 경남, 인천, 대구, 서울의 순으로 범죄율이 높게 나타나지만, 범죄의 심각성을 감안했을 때는 광주, 강원, 제주에 이어 서울, 충북. 충남, 경남, 인천의 순으로 상이하게 나타나고 있었다. 이 결과는 범죄의 질적 측면을 감안한 가중범죄율이라는 단일의 척도가 범죄의 지역간 분포를 나타내는 데도 의미있는 척도라는 것을 보여준다.

2. 범죄의 연도별 추이

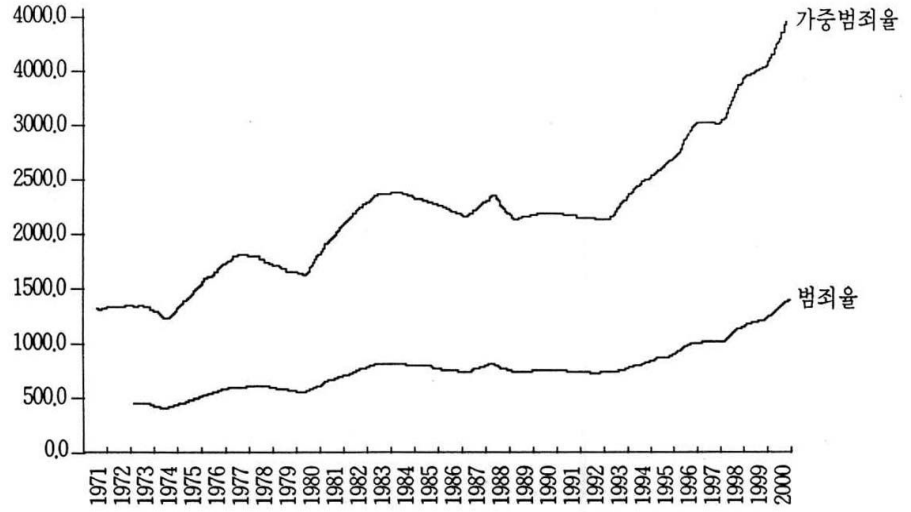
다음의 <그림 2>는 1994년에서 2000년 사이의 범죄율과 가중범죄율의 추이를 살펴 본 것이다. 이 그림의 범죄율을 계산하는데 사용된 범죄유형은 47가지이며, 가중범죄율을 산출하는데 사용된 수치는 유형별 추정평균 선고 형량이다. 이 그림을 보면, 미국의 연구결과들과 유사하게, 1999년과 2000년에 두 선의 간격이 약간 벌어지기는 하지만, 대체로 평행에 가까운 모습을 보여주고 있다. 그러나 미국의 연구결과들과 함께 이 그림도 너무나 짧은 기간을 기준으로 하고 있기 때문에, 이 결과를 확증하기 위해서는 기간을 좀 더 넓혀 볼 필요가 있을 것이다.

<그림 2> 최근 7년간 범죄의 질적, 양적 추이(1994-2000)



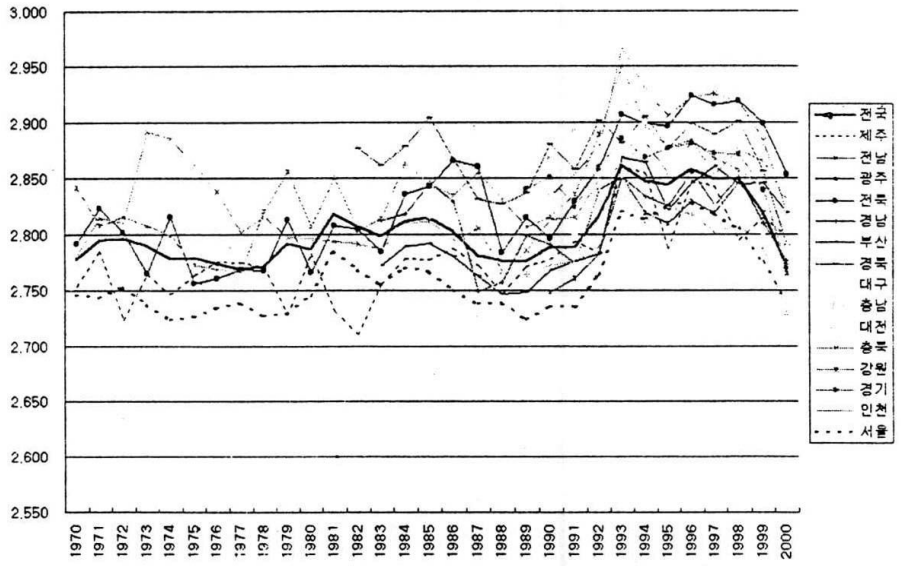
다음의 <그림 3>은 1970년에서 2000년 사이의 31년 동안 범죄율과 가중범죄율의 추이를 살펴본 것이다. 우선 이 그림에서 알 수 있는 것은 범죄율과 가중범죄율이 평행선으로 나타나는 미국의 예(<그림 1>)에서와는 달리 점점 간격이 벌어지고 있다는 것을 알 수 있다. 이것은 한국에서 범죄가 점점 심각한 범죄가 상대적으로 증가하였고, 기존의 양적 측면만을 감안한 범죄율의 추이에 비해서 실제의 범죄현상은 더욱 악화되어 왔다는 것을 보여준다. 이것은 지역별로 볼 때, 서울, 대구, 부산, 인천과 같은 대도시가 포함된 지역보다는 강원, 전남 · 광주, 제주, 전북, 충북과 같은 농촌지역에서 더욱 심한 것으로 나타난다(<부록 2> 참조).

<그림 3> 범죄의 질적, 양적 추세(1970-2000년): 6개 범죄유형



이러한 결과는 가중범죄율이라는 단일의 척도가 범죄현상에 대해서 의미있는 자료를 제공한다는 것을 보여준다. 만약 가중범죄율이 기존의 범죄율에 대해 범죄의 추이에 대해 아무런 유익한 정보를 제공해주지 않는다면, 범죄율과 가중범죄율의 비의 추이는 수평선으로 나타나게 될 것이다. 다음의 <그림 4>는 범죄율과 가중범죄율의 비의 추이를 지역별로 나타낸 것이다. 이 그림은 모든 지역의 이 비율이 수평선으로 나타나기보다는 오히려 다양한 굴곡을 이루며 증감을 계속하는 것을 보여준다. 이것은 양적 측면을 나타내는 범죄율과 가중범죄율이 별개의 의미있는 척도라는 것을 보여준다. 또한 이것은 가중범죄율이 범죄의 추이에서도 유익한 단일척도라는 것을 나타낸다(<부록 3> 참조).

<그림 4> 지역별 '가중범죄율/범죄율' 비의 추이



V. 결론 및 함의

이상에서 이 연구는 범죄의 심각성이라는 질적 측면을 감안한 대안적 지표인 가중범죄율을 통해서 한국의 지역별 범죄 실태와 추이를 살펴보았다. 지금까지의 분석결과는 크게 다음의 및 가지로 요약될 수 있을 것이다.

첫째, 범죄의 지역별 분포에 대해서 살펴 본 결과, 범죄율과 가중범죄율의 지역별 분포는 동일하게 나타나지 않았다. 특히 도시지역의 경우 보다 상대적으로 심각성이 높은 범죄로 구성되어 있었으며, 따라서 심각성이라는 범죄의 질적인 측면을 감안하면 양적인 측면에서 나타나는 현상에 비해 상대적으로 도시의 범죄문제가 더 심각한 것으로 나타났다.

둘째, 범죄의 추이에 대해서 살펴 본 결과, 범죄율과 가중범죄율은 미국

의 연구와는 달리 평행한 형태로 나타나기보다는 점점 그 간격이 벌어지고 있었다. 이것은 다시 말해서 한국에서 범죄의 건수뿐만 아니라, 범죄의 심각성도 접점 증가하고 있다는 것을 보여주는 것이다.

이러한 분석결과는 범죄통계에 범죄의 질적인 측면을 감안하는 것이 유용하다는 것을 보여준다. 실제로 범죄의 질적 측면이 감안될 때 범죄는 지역별로 다소 다른 분포를 나타냈으며, 그 추이에 있어서도 양적인 측면만 감안하는 것에 비해서 더 빠른 증가율을 나타냈다. 이 결과는 미국의 연구결과와 달리 한국의 경우 범죄율 자체가 증가하고 있을 뿐 아니라 그 심각성에 있어서도 또한 증가하고 있다는 것을 보여준다.

이러한 결과는 기존의 범죄의 동향에 대한 다른 연구들과 다소의 차이를 나타내고 있다. 기존의 연구들이 대도시의 범죄율이 그리 높지 않다고 보고하고 있지만, 이 연구는 대도시의 범죄가 매우 심각하다는 것을 보여준다. 이것은 대도시에서 상대적으로 범죄의 암수가 많다는 점도 작용하지만, 대도시에서 범죄가 질적으로 심각하다는 점에서 또한 기인하는 것이다. 따라서 대도시에서의 높은 범죄의 공포는 여기에서 기인하는 것이 아닌가 한다. 그러나 기존의 연구들은 이러한 점을 지적하지 못하고 있다. 이것은 대분류된 형태로 제시되는 지역별 범죄통계가 범죄유형을 알 수 없는 많은 범죄들을 누락시키기 때문이 아닌가 싶다. 향후의 연구는 이러한 점에 좀더 관심을 가져야 할 것이다.

또한 이 연구는 범죄통계의 수집과 배포가 좀더 과학적으로 수정될 필요가 있다는 것을 제시한다. 다시 말해서 범죄통계가 범죄의 양적인 측면만을 보여줄 것이 아니라, 질적인 측면도 함께 보여주는 하나의 단일한 지표를 제시하는 것이 필요하다는 것이다. 이렇게 함으로써 결국 범죄통계가 최근에 그 중요성이 커지고 있는 범죄의 두려움을 보다 잘 설명할 수 있을 것며, 이로 인해 형사사법기관이 일반대중이 느끼는 체감치안이나 체감범죄율에 보다 가깝게 다가설 수 있게 될 것이다.

참고문헌

경찰청. 「범죄분석」

대검찰청. 「범죄분석」

법원행정처. 「사법연감」

김성언 · 노성호. 1999. 『청소년범죄 추세분석: 1966-1998』. 한국형사정책연구원

김준호. 1990. "우리나라의 범죄문제: 공식통계를 중심으로." 한국형사정책연구원. 『형사정책연구』 제2호

김준호 · 이동원. 1991. 『범죄통계의 문제점 및 개선방안에 대한 연구』. 한국형사정책연구원

박철현 · 장규원 · 정현미 · 진수명. 1999. 「범죄의 심각성에 대한 인식 연구」. 한국형사정책연구원

연성진. 1999. 「공무원범죄의 추이에 관한 연구」. 한국형사정책연구원

이상철 · 기광도. 1994. 『범죄발생의 추세분석: 1964-1991』. 한국형사정책연구원

최인섭 · 이상용 · 기광도. 1999. 「"IMF시대"에 따른 범죄양상과 대책」. 한국형사정책연구원

최인섭 · 진수명. 1999. 「지역특성과 범죄발생에 관한 연구」. 한국형사정책연구원

Blumstein, Alfred. 1974. "Seriousness Weights in an Index of Crime." American Sociological Review. Vol. 39: 854-864

Epperlein, Thomas and Barbara C. Nienstedt. 1989. "Reexamining the Use of Seriousness Weights in an Index of Crime." Journal of Criminal Justice. Vol. 17: 343-360

Sellin, Thorstein and Marvin E. Wolfgang. 1964. The Measurement of Delinquency, New York: Wiley. (Reprinted by Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1978)

Using Seriousness Weights in Crime Statistics in Korea

Kim, Joon Ho****
Son, Jangkwun*****
Park, Cheolhyun******

One of the weak points of crime statistics is the difficulties on showing qualitative aspects of crime, not quantitative aspects. This study weight crime statistics with crime seriousness, in order to show a qualitative aspects of crime statistics. So, the weighted trend and distribution of crime were analysed in this study.

The result of analysis is inconsistent with existing two foreign research findings. Result show that the trend and distribution of simple crime rate are very different with those of weighted crime rate, in Korea. Specially, the weighted crime rate was more rapidly increased than simple crime rate. This result show that a seriousness weights on crime rate are very useful. So, this study recommend that crime statistics have to be improved by weighting seriousness.

**** Professor, Department of Sociology, Korea University, Ph.D. in Sociology
***** Professor, Department of Sociology, Korea University, Ph.D. in Sociology
****** Associate Research Fellow, K.I.C., Ph.D. in Sociology

<부록 1> 1994-98년 주요범죄별 선고형량 현황과 추정평균형량

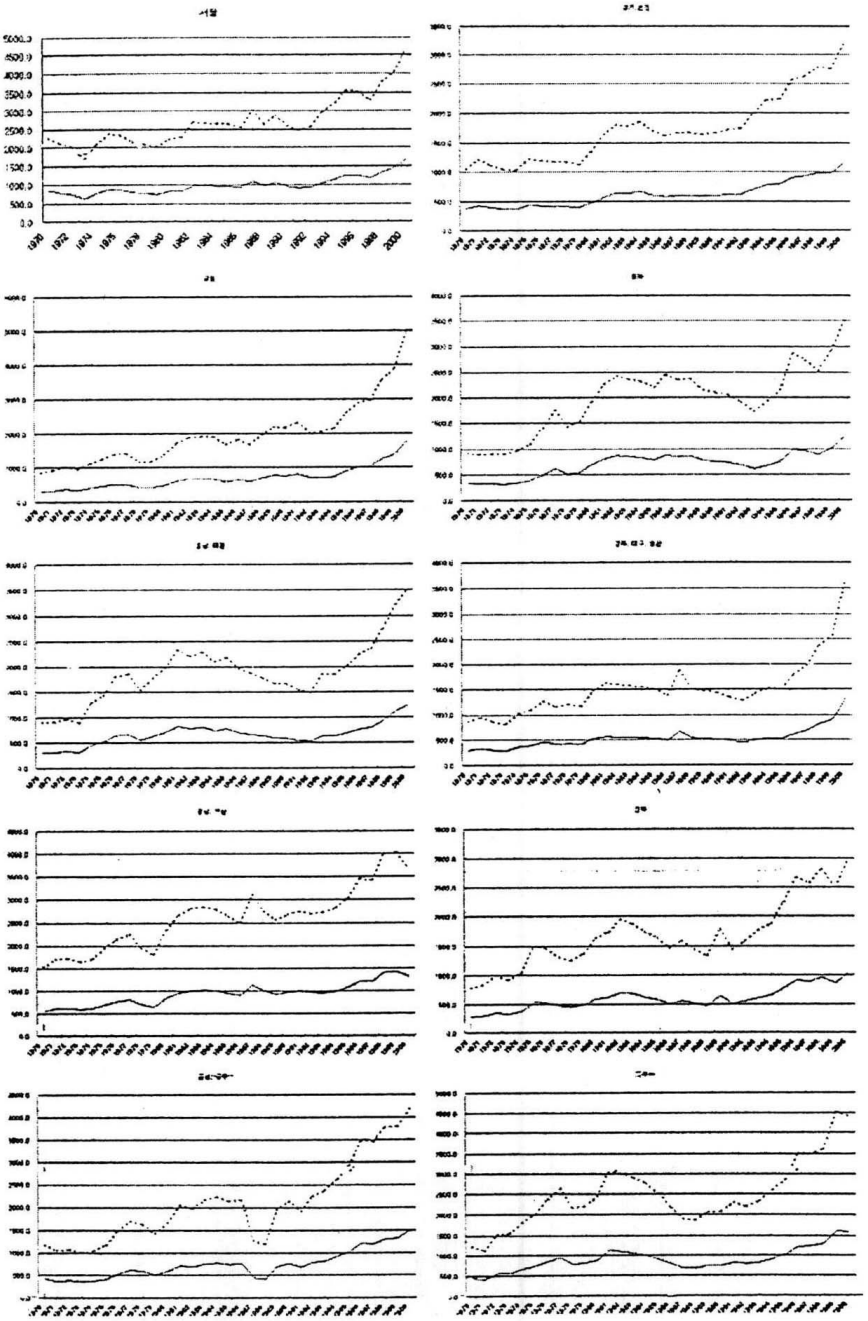
	사형	무기	10년 이상	5년 이상	3년 이상	1년 이상	1년 미만	합계	평균a 형량(y)
폭행상해									
폭행	-	-	1	24	117	255	322	719	1.852
폭력행위등	-	8	89	514	2,519	12,227	12,680	28,037	1.639
상해	-	-	19	80	251	1,014	1639	3,003	1.561
상해치사	-	4	48	304	422	225	59	1,062	4.809
강도									
강도	-	1	35	391	1,194	1,633	660	3,914	3.004
강도상해, 치상	-	14	78	758	2,222	1,620	224	4,916	3.887
강도살인, 치사	38	115	142	73	46	7	-	421	11.890
강도강간	-	7	64	277	461	407	46	1,262	4.488
강간									
정조에 관한 죄	-	5	54	459	1267	2,112	1,780	5,677	2.532
살인									
살인	64	290	911	702	401	122	33	2,523	9.571
특가법									
특가법	4	17	218	1,149	3,454	8,983	5,423	19,248	2.399
기타강력범									
방화	-	4	6	44	156	416	176	802	2.505
체포, 감금	-	-	-	3	21	56	128	208	1.358
협박	-	-	-	-	14	55	77	146	1.401
약취, 유인	-	-	-	7	24	49	47	127	2.126
공갈	-	-	-	2	36	267	310	615	1.379
재산범죄									
절도	-	-	7	47	395	6,615	10,142	17,206	1.181
사기	-	-	8	240	1,289	10,402	10,882	22,821	1.459
횡령	-	-	8	22	106	1,290	1,827	3,253	1.286
배임	-	-	-	3	41	492	526	1,062	1.350
장물	-	-	-	3	20	244	289	556	1.322
손괴	-	-	-	-	1	23	120	144	0.764

특정경제범죄가중처벌법									
특정경제범죄가중처벌법	-	-	28	225	433	646	155	1,487	3.456
약물범죄									
아편에관한 죄	-	-	-	-	-	6	1	7	1.786
마약법	-	-	-	17	14	50	89	170	1.929
향정신성의약품관리법	-	-	16	114	371	2,840	1,365	4,706	1.892
위조범죄									
통화에 관한 죄	-	-	-	-	-	1	5	6	0.750
유가증권, 우표인지	-	-	4	8	61	401	375	849	1.582
공문서등의 위조	-	-	2	63	208	1,265	813	2,351	1.815
사문서등의 위조	-	-	3	6	42	666	835	1,552	1.289
인장에 관한 죄	-	-	-	2	1	9	54	66	0.970
풍속범죄									
풍속을 해하는 죄	-	-	2	2	24	491	3,007	3,526	0.743
도박과 복표에 관한 죄	-	-	1	3	24	631	1,084	1,743	1.110
윤락행위등방지법	-	-	-	17	24	173	200	414	1.617
과실범죄									
과실상해	-	-	-	-	-	8	13	21	1.071
과실치사	-	-	-	3	15	87	74	179	1.640
업무상과실,중과실치사상	-	-	-	1	28	138	236	403	1.274
실화	-	-	-	-	-	38	37	75	1.260
교통범죄									
도로교통법	-	-	-	9	20	470	2,418	2,917	0.787
교통방해의 죄	-	-	-	-	2	23	35	60	1.192
교통사고처리특례법	-	-	2	12	241	6,354	9,596	16,205	1.147
기타									
변호사법	-	-	-	4	32	358	366	760	1.391
주거침입죄	-	-	-	-	8	103	266	377	0.984
경범죄처벌법	-	-	-	-	-	-	26	26	0.500
집회 및 시위에 관한 법률	-	-	-	-	3	40	36	79	1.392
공무방해에 관한 죄	-	-	-	4	71	722	1,009	1,806	1.253
향토예비군설치법	-	-	-	1	3	7	98	109	0.757

(출처): 법원행정처, 「사법연감 1994-1998」

a: 사형과 무기는 각각 20년 15년으로 계산한 추정치

<부록 2> 지역별 질적, 양적 범죄율의 추이(1970-2000년)



<부록 3> 지역별 '가중범죄율/범죄율' 비의 추이

년도	전국	제주	전남	광주	전북	경남	부산	경북	대구	충남	대전	충북	강원	경기	인천	서울
1970	2.777	2.754			2.792							2.781	2.842			2.747
1971	2.795	2.786			2.824							2.815	2.808			2.743
1972	2.796	2.723			2.802							2.810	2.816			2.754
1973	2.790	2.765			2.765							2.892	2.808			2.738
1974	2.779	2.746			2.815							2.886	2.799			2.723
1975	2.779	2.763			2.757							2.861	2.773			2.726
1976	2.774	2.776			2.761							2.839	2.769			2.735
1977	2.769	2.775			2.769							2.802	2.767			2.738
1978	2.771	2.771			2.768							2.816	2.821			2.727
1979	2.792	2.728			2.813							2.797	2.856			2.729
1980	2.787	2.783			2.766							2.796	2.807			2.746
1981	2.818	2.732			2.807							2.794	2.852			2.786
1982	2.807	2.710			2.805			2.877	2.819			2.792	2.803			2.768
1983	2.798	2.755			2.785	2.812	2.772	2.862	2.805			2.786	2.814			2.755
1984	2.812	2.779			2.836	2.818	2.789	2.878	2.806			2.811	2.864			2.770
1985	2.815	2.778			2.844	2.846	2.792	2.905	2.816			2.811	2.845			2.767
1986	2.803	2.787			2.866	2.830	2.780	2.867	2.834			2.794	2.835			2.751
1987	2.781	2.773			2.861	2.749	2.763	2.832	2.728			2.805	2.855			2.738
1988	2.777	2.746			2.784	2.757	2.746	2.827	2.770			2.767	2.830			2.739
1989	2.776	2.772			2.815	2.799	2.749	2.837	2.789			2.786	2.806	2.840	2.764	2.723
1990	2.788	2.777	2.834	2.749	2.797	2.791	2.767	2.881	2.776	2.867	2.810	2.813	2.815	2.851	2.772	2.735
1991	2.788	2.794	2.855	2.760	2.830	2.774	2.776	2.858	2.774	2.892	2.803	2.815	2.836	2.824	2.776	2.735
1992	2.816	2.784	2.879	2.783	2.859	2.841	2.783	2.901	2.843	2.884	2.805	2.849	2.890	2.860	2.789	2.763
1993	2.862	2.861	2.967	2.851	2.907	2.851	2.868	2.881	2.852	2.920	2.888	2.862	2.950	2.886	2.836	2.821
1994	2.847	2.855	2.929	2.820	2.899	2.835	2.865	2.905	2.811	2.899	2.889	2.882	2.897	2.869	2.810	2.813
1995	2.844	2.787	2.906	2.809	2.896	2.825	2.822	2.877	2.829	2.864	2.864	2.854	2.878	2.877	2.825	2.827
1996	2.859	2.848	2.923	2.830	2.924	2.856	2.846	2.899	2.837	2.943	2.881	2.883	2.884	2.882	2.818	2.828
1997	2.849	2.843	2.926	2.819	2.915	2.827	2.861	2.889	2.826	2.932	2.853	2.854	2.868	2.873	2.802	2.819
1998	2.850	2.794	2.919	2.846	2.920	2.851	2.845	2.901	2.827	2.961	2.906	2.875	2.857	2.872	2.808	2.804
1999	2.820	2.815	2.884	2.819	2.899	2.809	2.845	2.857	2.799	2.880	2.827	2.865	2.841	2.840	2.787	2.775
2000	2.773	2.798	2.819	2.772	2.854	2.777	2.819	2.790	2.740	2.823	2.791	2.831	2.766	2.771	2.728	2.741

경찰의 범죄억제력에 관한 고찰

기 광 도*

Ⅰ. 머릿글

경찰은 사회질서의 유지, 범죄의 수사 및 예방, 긴급사태의 처리, 기타의 공공서비스의 제공 등의 역할을 수행하는 국가기관이다. 이러한 경찰의 다양한 역할 가운데 시민들이 가장 중요하다고 생각되는 것은 범죄문제의 해결이라고 할 수 있다. 범죄는 시민의 생명과 재산을 위협하고 사회질서를 어지럽히는 주된 요인으로 인식되기 때문이다 따라서 경찰에게는 이러한 범죄의 위협으로부터 시민을 보호할 것이 지속적으로 요구된다. 이러한 시민의 기대와 요구에 대하여 국가는 가장 손쉬운 방안으로 경찰력이나 경찰활동을 강화하여 범죄문제에 대처하려고 한다. 이러한 조치는 국가의 형벌권의 강화를 통하여 범죄를 통제하고자 하는 입장에 근거한다. 경찰력의 강화는 범죄에 대하여 신속하고 확실하며, 엄격하게 대응할 수 있는 능력을 높이고, 이러한 강화된 범죄통제력이 범죄자로 하여금 범죄에 대한 비용을 증가시킴으로서 범죄를 포기하게 하려는 것이다. 따라서 경찰은 범죄문제를 해결하기 위하여 경찰인력을 증가시키고, 예산을 증액하는 것과 더불어 경찰관의 질을 향상시키기 위한 전문인력의 충원과 교육 및 훈련에 노력하며, 각종 첨단장비의 보강 및 도입을 통하여 경찰력을 강화하려고 한다. 이러한 경찰력의 강화는 범죄발생을 억제하고. 범죄를 감소시킬

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 사회학박사

수 있는 기반을 조성하는 노력이라 할 수 있다.

그러나 과연 경찰력의 강화는 범죄를 감소시킬 것인가? 경찰력이 범죄를 감소시킬 것이라는 주장은 이론적으로 당연한 것으로 보이지만, 이에 대한 경험적 연구는 아직 명확한 결론을 내리지 못한 상황이다. 이와 같이 경찰과 범죄간의 관계는 이론적 주장과 경험적 분석간의 불일치 현상으로 인하여 미국에서는 1970년대 이후 지속적인 논쟁거리의 하나로 다루어지고 있다. 이러한 경찰력이나 경찰활동이 범죄에 미치는 효과에 대한 논쟁은 미국경찰의 범죄통제능력을 향상시키는데 중요한 역할을 하였다. 미국경찰은 비교적 오랜 기간동안 사회적 변화를 경험하면서 민주적이며 시민의 요구에 적합하고, 적법하면서도 효과적인 범죄통제활동을 모색해왔다. 최근에는 전통적인 범죄통제정책에서 벗어나 '문제지향적 경찰활동'이나 '지역사회 경찰활동'이라는 새로운 경찰활동을 통하여, 경찰과 지역사회가 서로 협력하며, 적극적이고 효과적인 범죄통제활동을 발전시켰다. 이러한 성과는 지난 시간동안 미국경찰이 범죄통제를 위한 지속적인 노력과 그에 대한 경험적 연구를 통한 활동과 프로그램에 대한 평가에 근거한다고 할 수 있다.

경찰과 범죄간의 관계에 대한 중요성에도 불구하고 우리 사회에서는 경찰의 범죄억제효과에 대한 경험적 연구는 활발하게 이루어지지 못한 형편이다. 이 연구에서는 우리 경찰의 범죄통제활동에 대한 연구와 평가를 위한 예비연구의 측면에서 미국에서 전개된 경찰의 범죄억제력에 대한 이론 및 경험적 연구를 고찰하고, 이러한 연구의 문제점 및 한계를 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 경찰-범죄관계에 관한 이론

국가의 형사사법기관의 강화를 통하여 범죄를 감소시키려는 정책은 기본적으로 억제이론(deterrence theory)에 근거한다. 억제이론은 18세기에 전개된 고전학파의 범죄이론을 바탕으로 처벌의 억제효과에 초점을 두고 범죄를 감소시키려는 이론이다. 억제이론에서는 인간의 자유의지와 도덕적 책임감을 강조하며, 범죄자를 합리적으로 결정하고 행동하는 존재자로 파악하고 있다. 즉 인간은 자기 스스로 쾌락을 극대화하고, 고통을 극소화하려는 경향으로 행동을 결정하고 수행한다는 것이다. 따라서 국가는 범죄를 저지른 사람을 처벌하여 장래의 범죄를 예방할 수 있다. 처벌의 범죄억제효과를 극대화하기 위해서는 처벌의 '신속성'(swiftness), '확실성'(certainty), '엄격성'(severity)[1]이 요구된다. 즉 국가의 형사사법기관이 범죄자를 신속하게 체포하고, 범죄자를 빠짐없이 처벌하며, 죄질에 상당하는 엄격한 처벌할 경우에 범죄억제효과는 극대화된다. 처벌에 의한 범죄억제효과는 '일반억제효과'(general deterrence effect)와 '특별 억제 효과'(special deterrence effect)로 구분된다.[2]

일반억제효과는 범죄행위에 대한 국가의 처벌이 잠재적 범죄자, 즉 일반인으로 하여금 범죄를 저지르지 못하게 하는 효과이다. 즉 법을 위반하면 처벌된다는 것을 일반 공중에게 보여줌으로써 일반인의 범죄를 억제하려는 것이다. 또한 특별억제효과는 범죄를 저지른 자가 다시 범죄를 저지르

---

1) 베카리아의 경우에는 엄격성보다는 상응성을 의미한다. 이는 죄질에 상응하는 정도의 처벌을 의미한다. 죄질에 비하여 처벌이 너무 무겁거나 가벼울 경우 억제효과는 약화된다는 것이다. 그러나 이후 엄격성은 처벌의 강도로 다루어지고 있으며, 경험적 연구에서는 처벌의 엄중성으로 측정되고 있다.

2) 범죄학의 억제이론에서의 특별 또는 일반억제개념은 형벌이론에서 특별 또는 일반예방개념과는 구분하여야 할 것이다. 두 이론들은 베카리아와 벤담의 이론에 근거를 두고 있다는 공통점이 있지만, 후자는 독일에서 형벌이론으로 전개되었고, 전자는 미국에서 범죄학이론으로 전개되었다. 후자의 경우 특별이론은 처벌위협 이외의 재사회화의 개념까지 포함하지만, 전자의 특별억제는 위협에 근거한 범죄억제효과만을 다루고 있다.

지 못하게 하는 억제효과를 뜻한다. 범죄자 개인에게 범죄에 대응하는 처벌을 함으로써 구금시설에 수형된 기간과 이후의 생활에서 처벌의 두려움으로 인해 범죄행위를 저지르지 못하게 하려는 것이다(Zimring and Hawkins, 1973; Gibbs, 1975).

이러한 억제이론은 이론 및 경험적 연구상의 문제점을 지니고 있지만 여전히 국가의 범죄통제의 이론적 토대를 제공하고 있다. 경찰은 억제이론에 근거하여 범죄통제활동을 수행하고 있다. 경찰은 경찰력을 강화하여 범죄자에 대한 신속하고 확실한 체포능력을 높이고, 순찰을 강화하는 등의 다양한 활동을 통하여 범죄자 및 잠재적 범죄자의 범죄행위를 억제하고자 한다. 그러나 이러한 경찰력 및 경찰활동과 범죄간의 관계는 억제이론에서 제시한 바와 같이 단순한 인과관계로 나타나지 않는다. 경찰과 범죄간의 관계는 다소 복잡한 관계양상을 지니고 있다. 억제이론에 따르면, 경찰인력이나 장비의 강화, 순찰이나 체포 등의 활동을 강화하는 것은 범죄를 감소시키기 때문에, 경찰활동은 범죄활동에 영향을 미치는 선행요인으로 설정된다. 그러나 다른 한편에서 범죄율은 여러 사회적 기제를 통하여 경찰력이나 활동에 영향을 미치는 요인으로 고려된다. 이러한 관계를 엘리히와 마크(Ehrlich and Mark)는 상호결정적(simultaneously determined)이라고 규정 하였다. 즉 경찰력과 범죄는 서로 영향을 주고받는 관계라고 보는 것이다. 그들의 견해에 따르면, 불법행위로 인한 보상과 처벌의 위협을 계산하여 범죄행위를 저지르는 범죄자는 경찰력의 강화가 범죄비용을 증가시킴으로 불법행위를 포기하고 합법적 행위를 수행케 한다는 것이다. 즉 경찰력의 강화는 범죄를 감소시킨다. 다른 한편으로 잠재적 피해자는 범죄로부터의 피해를 극소화하여 자신의 이익을 극대화하려는 경향이 있다. 따라서 범죄가 증가하면, 합리적인 잠재적 피해자들은 경찰력의 강화를 요구한다. 이러한 시민의 요구는 사회정치적 과정을 통하여 경찰력 및 활동을 강화시킨다. 이와같이 경찰력의 증가는 범죄를 감소시키기도 하지만, 동시에

범죄율의 증가는 경찰력을 증가시키기도 한다(Ehrlich and Mark, 1977: 293-316).

이러한 경찰과 범죄간의 관계는 크게 경찰력 및 경찰활동과 범죄, 범죄와 경찰력 및 활동으로 구분될 수 있다. 이러한 경찰과 범죄간의 상호결정관계에 대한 각각의 이론적 설명을 살펴보기로 한다. 그러면 경찰력 및 경찰활동이 범죄에 미치는 효과로 억제효과, 무력화효과, 그리고 경찰의 생산성의 측면에서 살펴보고, 범죄가 경찰력 및 활동양상에 미치는 효과로는 과부하효과, 둔감효과, 그리고 두려움효과로 고찰하기로 한다.

먼저 경찰력이 범죄에 미치는 효과를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 경찰력의 억제효과(deterrent effect)는 앞에서 살펴본 바와 같이 억제이론에 근거한다. 범죄자는 합리적으로 행위에 따른 비용과 이익을 계산하여 행동한다는 것이다 행위자가 이득을 얻기 위하여 합법/불법행위를 선택하여야 할 때, 불법행위에 대한 비용이 증가하면 합법적 행위를 선택한다는 것이다. 이러한 측면에서 경찰의 증가는 불법행위에 대한 체포 및 제재의 가능성을 높여, 즉 불법행위의 비용을 증가시킴으로서 범죄를 억제하게 한다는 것이다(Ehrlich, 1972; Phillips and votey, 1972). 둘째, 무력화효과(incapacitative effect)는 범죄자에 대한 시설내 구금으로 인한 격리가 일반공중에 대한 범죄를 감소시킨다는 것이다. 체포와 같은 경찰활동은 구금에 의한 무력화효과를 동시에 야기하기 때문에 억제효과와 무력화 효과를 구별하기 어렵다. 그렇기 때문에 체포율이 높은 지역에서 낮은 범죄율이 발견된다고 하더라도, 그러한 현상이 체포의 두려움에 의한 억제효과에 의한 것인지, 구금에 의한 무력화 효과인지를 구분하는 것은 어렵다(Blumstein et al., 1978). 그리고 셋째, 경찰의 생산성효과(police productivity effect)는 억제효과와 무력화효과와는 다른 성격을 갖는다. 경찰력 및 활동의 강화는 공식적인 범죄율을 증가시키는 역할을 하기도 한다. 경찰력 및 자원의 강화는 범죄신고의 접수와 기록에 영향을 미쳐 범죄

통계에 영향을 줄 수 있다. 경찰력이 증가하면 시민들은 검거될 가능성이 높다고 생각하여 범죄사건을 신고할 가능성이 높다. 또한 경찰도 충원된 인력 및 자원을 통하여 범죄인지와 신고된 사건을 철저하게 파악하게 될 것이다. 이러한 현상으로 인하여 경찰력의 증가가 오히려 가시적인 범죄발생율을 증가시키기도 한다는 것이다(Swimmer, 1974; Wilson and Boland, 1978; Jacobs and Rich, 1981). 이러한 경찰력과 범죄간의 정의 관계는 실제범죄의 증가와는 다른 인지된 범죄의 증가로 인한 것일 수 있다. 즉 경찰의 생산성의 증가에 의한 결과이다(LaFree, 1989; Jencks, 1991 Jensen and Karpos, 1993; O'Brien, 1996). 이와 같이 경찰력 및 활동이 범죄에 미치는 효과는 일방적인 방향으로 제시되지는 않는다. 비록 억제효과와 무력화 효과로 인하여 경찰력의 강화는 범죄를 감소시킬 것이라는 주장이 압도적이긴 하지만, 그와는 반대로 경찰력의 강화가 범죄율을 증가시키는 주장이 제기되기도 한다.

다음은 범죄가 경찰력에 미치는 효과에 대한 이론적 설명을 살펴보기로 한다. 이러한 현상에 대한 설명은 주로 경찰의 조직적 측면과 공중의 태도의 측면에서 제시되었다(Greenberg et al., 1979; D'Alessio and Stolzenberg, 1998). 첫째로 과부하효과(overload effect)는 조직의 업무부담에 관한 것이다. 경찰활동은 비교적 노동집중적 활동이고, 경찰자원은 범죄증가에 대하여 단기적으로 비탈력적이기 때문에, 범죄율의 증가는 경찰활동에 효율성을 저하시킨다. 즉 범죄의 증가는 제한된 경찰자원을 소모시키고. 체포가능성을 저하시킨다. 또한 높은 범죄율은 범죄자를 기소하고, 선고하고, 수용할 국가의 능력을 약화시킨다. 그러므로 범죄증가는 경찰력과 활동을 약화시키는 역할을 한다는 것이다(Wilson and Boland, 1978; Liska et al., 1985; McDowall and Loftin, 1986). 둘째 범죄에 대한 공중의 둔감효과(desentitizing effect)이다. 반두라(Bandura, 1973)에 의하면, 폭력에 대하여 직/간접적으로 빈번하게 노출되면, 개인은 폭력행위에 대하여

둔감하게 된다. TV의 폭력적 프로그램 시청과 같은 폭력에 대한 노출은 폭력에 대하여 무딘 정서적 양상을 형성시키며(Thomas et al., 1977), 다른 사람의 폭력피해에 대해서도 신속하고 자발적인 개입을 약화시킨다(Drabman and Thomas, 1974). 이러한 입장에서는 범죄율의 증가는 경찰력이나 경찰활동에 대한 증가나 감소에 영향을 미치지 못하는 것으로 추론된다. 셋째, 범죄에 대한 두려움효과이다. 범죄가 증가하면 잠재적 피해자인 일반시민들은 범죄피해에 대한 두려움이 증가하고, 이러한 두려움은 사회적 쟁점화와 정치적 결정 등을 통하여 범죄문제를 해결하기 위한 방안으로 법집행기관이나 다른 범죄통제기관에 대한 인력 및 자원의 확충과 범죄통제활동의 강화를 시도한다. 즉 형사사법기관의 강화를 통하여 순찰강화, 체포가능성을 증가 등의 범죄통제능력을 높여 범죄를 감소시키고자 한다.(Becker, 1968). 따라서 범죄의 증가는 경찰력을 강화시킬 것이라는 주장을 제시된다.

Ⅲ. 경찰의 범죄억제력에 관한 경험적 연구

앞에서 살펴본 바와 같이 경찰과 범죄간의 관계는 다양한 이론적 주장들이 제시되고 있다. 그렇다면 경험적 연구에서 경찰과 범죄간의 관계는 어떠한 양상을 보이는가? 억제이론에 따르면, 경찰력 및 활동의 강화는 범죄통제력을 향상시켜 범죄자로 하여금 범죄활동에 대한 비용을 증가시킴으로 결국 범죄행위를 포기하게 하여 사회의 범죄율을 감소시킨다고 한다. 과연 억제이론의 주장과 같이 경찰인력 및 자원, 그리고 활동의 강화는 범죄를 감소시킬 것인가? 경험적 연구에 의하면 경찰력의 강화와 범죄간의 관계는 억제이론적 주장처럼 명확하게 나타나지 못하고 있다. 그 동안의 경험적 연구는 경찰력과 범죄간의 관계에서 부정적 관계 또는 긍정적 관계, 그리고 관계가 없다 등의 다양한 결과를 보여주었다. 그러면 경찰력과 체포활동의 강화가 범죄행위에

미치는 효과에 대한 경험적 연구를 살펴보고자 한다.

1. 경찰력 강화의 범죄억제효과

경찰력의 강화가 범죄에 미치는 효과는 크게 경찰력의 강화가 처벌위협을 증가시켜 범죄에 영향을 미치는 직접적인 효과와 순찰이나 체포활동 등의 경찰활동을 매개하여 영향을 미치는 간접적인 효과로 구분된다. 1970년대 초기에는 경찰인력과 예산 등이 범죄율에 미치는 효과를 일방적인 인과관계를 설정하여 분석하였다(Jones, 1974; Wellford, 1974; Swimmer, 1974; Skogan, 1976). 이러한 연구에서는 경찰력과 범죄간의 관계는 약한 부의 관계가 주로 제시되었지만, 경찰인력과 범죄율간의 정의 관계도 제시된 바 있다(Skogan, 1976) 그러나 이러한 연구에서는 일방적 인과관계의 설정과 경찰력의 강화와 범죄간의 관계에 대한 이론적 설명이 미급한 수준이었다.

이러한 상황에서 경찰력과 범죄간의 관계에 대한 이론적 논의와 경험적 연구를 종합하여 체계적인 분석을 시도한 학자가 윌슨과 볼랜드(Wilson and Boland)이다. 그들은 경찰과 범죄간의 상호결정적 관계와 경찰력이 범죄에 미치는 매개과정에 대한 분석을 시도하였다. 윌슨과 볼랜드는 경찰자원과 순찰활동, 체포활동, 그리고 범죄간의 인과관계를 설정하여 경찰력이 범죄에 미치는 직접적 효과와 체포활동을 매개로한 간접적 효과를 분석하고자 하였다. 그들의 기본적 연구 가설은 다음과 같다. (1) 경찰의 자원과 활동이 강화될수록, 강도범죄의 체포 가능성은 높아진다. (2) 경찰의 범죄체포율이 높을수록 범죄발생율은 감소한다는 것이다. 윌슨과 볼랜드는 1974년도의 미국의 35개 대도시의 자료를 수집하여 위의 가설을 분석하였다. 분석 결과, 그들은 다른 인구학적 변수들을 통제하였을 경우, 강도발생율은 강도범죄의 체포율과 강한 부의 관계를 갖는다는 것과 체포율은 경

찰의 자원 및 적극적 활동에 비례한다는 것을 밝혀냈다. 이와 같은 연구결과를 토대로 윌슨과 볼랜드는 경찰의 자원과 활동은 다른 사회경제적인 요소들을 통제하였을 경우에도 강도범죄율에 독립적인 영향을 미친다고 결론을 내렸다. 그리고 경찰자원을 강화하고 적극적으로 활동하여 범죄를 감소킬 것을 제안하였다(Wilson and Boland, 1978: 367-392).

이러한 연구는 이후 경찰력과 범죄간의 관계에 대한 논쟁을 촉발시키는 계기가 되었다. 제이콥과 리치(Jacob and Rich)는 미국의 10개 도시의 1948년부터 1978년까지의 시계열 자료를 사용하여 경찰의 자원과 활동이 범죄율에 미치는 영향을 분석하였는데, 윌슨과 볼랜드의 연구와는 다른 결론에 도달하였다. 그들은 경찰의 인력과 예산, 체포율, 강도범죄율간의 관계를 분석하였는데 경찰력과 범죄율의 관계는 일관되게 나타나지 않고, 지역에 따라 다양한 양상을 보이는 것을 발견하였다. 분석대상이 된 10개의 도시 가운데서 3개 도시에서만 강도범죄의 체포율과 발생율의 관계가 반비례적으로 나타났고, 6개의 도시에서는 비례적인 관계를 보였다. 즉 경찰활동이 증가함에도 불구하고 범죄율은 오히려 높아진 것으로 나타났다. 이러한 현상에 대하여 제이콥과 리치는 다음과 같이 설명하였다. 경찰활동의 증가는 범죄에 대한 관심을 높여 강도범죄에 대한 시민의 신고와 경찰의 인지를 증가시켰다. 즉 경찰활동이 실제적으로 범죄를 더 많이 발생시킨 것이 아니라, 범죄에 대한 인지를 높여서 통계상 범죄율을 증가시켰다는 것이다. 그러나 제이콥과 리치의 연구대상이 10개 도시에 지나지 않기 때문에 분석결과를 일반화시키기 어렵다는 한계가 있다. 그럼에도 불구하고 윌슨과 볼랜드의 주장, 즉 경찰력의 강화와 범죄율간에는 부의 관계가 있다는 결론을 비판하였다(Jacob and Rich, 1981: 109-122). 또한 로프틴과 맥도웰(Loftin and McDowell)은 1926년부터 1977년까지의 디트로이트(Detroit)시의 경찰인력과 범죄율에 관한 자료를 이용하여 경찰력과 범죄와의 관계를 분석하였다. 분석결과, 그들은 경찰력과 범죄율간에는 부(-)

의 관계가 있다는 것을 밝혀내지는 못했다. 그들은 경찰인력과 범죄율간의 관계의 분석에서는 경찰조직이나 활동의 측면과 사회정치적 과정에 대한 요인을 고려하지 않는다는 비판을 제기하였다(Loftin and McDowell, 1982: 393-401).

이러한 비관에 대하여 샘슨과 코헨(Sampson and Cohen)은 윌슨과 볼랜드의 가설을 재구성하여 경찰활동과 범죄와의 관계에 대한 확장을 시도하였다. 재구성된 가설은 다음과 같다 (1) 적극적인 경찰활동은 범죄자에 대한 체포 가능성을 높여서 범죄감소에 간접적인(indirectly) 영향을 미친다. (2) 또한 경찰의 활동은 범죄행위에 대한 위협효과를 높여서 범죄감소에 직접적인 영향을 미친다. 즉 경찰의 적극적 활동은 간접적으로는 체포의 가능성을 높이고, 직접적으로는 잠재적 범죄자들에게 처벌의 두려움을 증가시킴으로서 범죄를 감소시킨다는 것이다. 그들은 위의 가설을 10만명 이상 171개 도시의 1980년도 자료를 통하여 검증하였다. 분석 결과, 경찰의 적극적 활동은 다른 사회적 조건들이 통제되였을 때에도 직접적으로 강도범죄의 억제에 영향을 미친다는 것을 밝혀냈다. 따라서 샘슨과 코헨은 경찰활동의 범죄억제효과를 인정하고, 경찰은 검문검색 등의 적극적인 전략을 통하여 범죄를 억제할 것을 지지하였다(Sarmpson and Cohen, 1988: 164-189). 최근 마벨과 모디(Marvell and Moody)는 그 동안의 경찰과 범죄와의 관계에 대한 연구들의 방법론적 측면을 메타분석한 후, 그 문제점을 개선하여 경찰력과 범죄율간의 관계를 분석하였다. 그들은 미국의 49개 주와 53개 도시의 20년 동안의 통계자료를 이용하여 횡단적, 종단적 분석을 시도하였다. 분석결과 경찰력은 범죄에 실질적이고 강한 부의 효과를 미치는 것으로 나타났으나, 범죄율이 경찰력의 강화에 미치는 효과는 약한 것으로 밝혀졌다 그리고 이러한 경향은 주 단위보다는 도시단위의 자료에서 더 현저하게 나타났다(Marvell and Moody, 1996).

이와 같이 경찰력과 범죄간의 관계에 대한 경험적 연구는 억제이론을

강력하게 지지하지는 못하는 것으로 나타났다. 그러나 이러한 연구는 주로 경찰인력이나 자원이 범죄율에 영향을 미치는 직접적인 효과에 치중하였기 때문이라는 비판이 제기되었다. 그러한 비판으로 인하여 경찰력의 범죄억제효과에 대한 연구는 점차 구체적인 경찰활동. 특히 체포활동의 범죄억제효과에 대한 연구로 전환되었다.

2. 체포의 범죄억제효과

경찰의 활동 가운데 범죄억제효과와 관련하여 활발하게 논의되는 것들 가운데 하나가 체포활동이다. 경찰의 체포활동은 처벌의 확실성 및 엄중성과 연결되어 있다. 즉 범죄에 대한 체포율이 높을수록, 범죄행위에 대한 처벌의 확실성 및 엄중성이 높아진다는 것을 의미한다. 따라서 체포의 가능성이 높으면, 합리적인 잠재적 범죄자는 법적인 처벌의 두려움으로 인하여 범죄를 저지르지 않는다는 것이다. 이러한 체포의 억제력은 장래 범죄의 증감뿐만 아니라 다양한 측면에서 범죄과정에 영향을 미치는 것으로 밝혀지고 있다. 즉 체포는 범죄발생율, 범죄자의 범죄활동의 종료시기, 범죄활동의 지속기간, 재범기간 등에 영향을 미친다는 것이다(Smith and Gartin, 1989: 94-105; Sherman, 1990: 1-48).[3)]

또한 체포의 범죄억제력은 크게 법적인 공식적 처벌효과와 비공식적인 억제효과로 구분된다. 체포의 공식적 억제효과는 억제효과와 무력화 효과로 다시 구분된다. 억제효과는 체포활동이 범죄자의 처벌두려움에 영향을 미쳐 범죄를 포기하는 효과를 의미하고, 무력화 효과는 체포된 범죄피의자

3) 이러한 체포활동이 범죄억제에 미치는 영향에 대하여 억제이론(deterrence theory)과 낙인이론(labeling theory)은 서로 다른 견해를 보이고 있다. 억제이론의 입장에서는 경찰의 높은 체포율은 범죄자에게 처벌의 위험을 높여서 범죄억제에 기여한다고 보는데 비하여(Sherman and Berk, 1984), 낙인이론에서는 체포경험은 범죄자에게 낙인효과를 줌으로써, 장래의 범죄를 억제하는 것이 아니라 오히려 촉진하는 역할을 한다고 본다(Dunford et al, 1990).

의 구금으로 인한 범죄억제효과를 의미한다. 그리고 비공식적 억제효과는 체포로 인한 법적인 처벌의 두려움 이외에 사회적 관계에서 받을 불이익 때문에 범죄를 저지르지 않는 것을 효과이다. 경찰의 체포에 의한 비공식적 제재효과는 다음과 같다. 1) commitment cost: 사회적 성취 및 지위가 체포에 의하여 훼손됨으로써 고용관계. 결혼관계 등에서 받게될 불이익, 2) attachment cost: 가정 및 동료집단 등과 같은 친밀한 인간관계에서의 손실, 3) stigma of arrest: 체포로 인한 명예훼손 등이다. 이와 같은 체포의 사회적 불이익은 공식적 제재효과와 상호작용하여 범죄를 억제한다는 것이다(Williams and Hawkins. 1986: 545-571: Nagin and Paternoster, 1991: 561-587: Sherman and Smith, 1992: 680-690).

체포의 범죄억제효과에 대한 연구는 체포활동과 범죄율과의 관계와 특정범죄행위에 대한 체포의 억제효과 등으로 시도되었다. 특히 경찰의 체포활동과 관련하여 활발하게 진행된 영역은 가정폭력과 음주운전에의 재범효과에 대한 연구이다. 그러면 체포활동의 범죄억제효과에 대한 연구를 개괄적으로 살펴보기로 한다.

1970년대 초반의 연구에서는 체포율보다는 범죄해결을(clearness rate)과 범죄율간의 관계에 대한 연구가 주로 시도되었다. 이러한 연구에서는 대체로 범죄해결율이 높을수록 범죄율은 낮은 것으로 나타났다(Block, 1972: Phillips and Vetey. 1972: Tittle and Rowe, 1974: Logan, 1975). 그러나 범죄 해결율은 경찰에 의하여 인지된 사건중에서 체포에 의하여 해결되었다고 판단된 사건의 비율로 측정되기 때문에 판단기준이 모호하다는 비판이 제기되었다. 그 이후로는 비교적 평가기준이 명확한 체포율을 사용하고 있다. Sjoquite는 1968년도 53개 중소도시의 체포율과 범죄율간의 관계를 분석하여 체포율과 재산범죄간에는 강한 부의 관계가 있음을 발견하였다. 이러한 관계는 다른 사회경제적 요인들을 통제하였을 경우에도 유의미하다고 하였다(Sjoquite, 1973). 또한 윌슨과 볼랜드도 26개 대도시의 피해조

사 자료를 분석하였는데 체포율과 강도범죄간의 강한 부의 관계를 발견하였다. 이러한 결과는 체포위험이 범죄발생에 영향을 미친다는 억제이론의 주장을 지지하는 것으로 해석되었다(Wilson and Boland. 1976). 그러나 이러한 연구는 체포율과 범죄율간의 동시성(simultaneity)의 문제와 체포의 억제효과 이외의 것인지에 대한 모호성을 지니고 있었다. 이러한 연구들이 체포율과 범죄율간의 동시결정관계를 전제함으로서 두 현상간의 부의 관계에서 체포가 범죄를 억제시킨 것인지. 범죄가 체포능력을 둔화시킨 것인지가 불분명하다는 것이다. 또한 경찰활동의 변화가 체포활동 이외의 순찰과 같은 다른 활동을 매개로 하여 범죄에 간접적인 영향을 미치는 것인지를 구분할 수 없다는 것이다.

이러한 체포의 억제효과의 동시성과 지체 구조(lag structure)를 분석하기 위한 방안으로는 두 가지 방식이 제시되었다. 하나는 체포율과 범죄율간의 상호적 인과관계의 페널 모형을 설정하는 것이다. 즉 체포율과 범죄율은 서로 원인이면서 결과로 고려되며, 지체구조를 이론적으로 설정한다. 다른 하나는 ARIMA모형을 이용한 시계열 분석이다. 이러한 분석에서는 체포와 범죄간의 적절한 지체구조를 파악하는데 도움이 된다. 그린버그와 케슬러(Greenberg, Kessler, and Logan, 1979: 843-850)는 페널모형을 설정하여 미국의 98개도시의 1864년도에서 1970년도까지의 범죄율과 체포율을 통하여 체포의 범죄억제효과를 분석하였다. 그들의 범죄율과 체포율간의 상호결정관계와 시간지체효과를 분석하기 위하여 구조방정식 모형을 활용하였다. 분석결과 체포율와 범죄율과의 관계는 없으며, 이는 체포의 범죄억제효과가 없다는 것이라고 결론을 내렸다. 그리고 일방적 인과관계만을 분석한 이전의 횡단적 연구에서는 체포율과 범죄율간의 관계를 잘못 해석하였다고 비판하였다. 다른 페널모형에서도 이와 유사한 결론에 도달하였다(Greenberg and Kessler, 1982: Kohfeld and Sprague, 1990: Marvell and Moody, 1996).

그러나 페널모형과는 반대로 ARIMA모형은 체포와 범죄활동간에는 지체된 강한 역의 관계를 밝혀냈다(Chamlin, 1991; Chamlin et al., 1992; Chamlin. 1988). 챔린 등(1992)은 23년동안의 분기/월별 자료를 분석하여, 강도범죄의 경우 월별자료에서 체포와 범죄율간의 강한 부의 관계를 발견하였고, 절도범죄의 경우에는 분기 자료에서 강한 부의 관계가 있는 것을 발견하였다. 그리고 D′Alessio와 Stolzenberg(1998)는 범죄발생, 체포, 구금간의 인과관계에 대한 시계열 분석을 통하여 체포가 범죄에 미치는 지체효과를 분석하였다. 분석결과 범죄에 대한 체포의 지체된 부의 관계를 밝혀냈다. 즉 전날의 체포건수가 많아지면, 다음날 형사사법기관에 보고된 범죄사건을 줄어드는 것으로 나타났다. 또한 동시적으로 범죄와 체포수준간에는 유의미한 정의 관계로 나타났다. 범죄는 즉각적으로 체포활동에 정의 영향을 미치지만, 체포는 범죄에 대하여 지체된 부의 효과를 보이는 것으로 나타났다(D′Alessioand and Stolzenberg. 1998).

다음은 체포에 대한 두려움이 개인의 범죄행위에 미치는 억제효과를 살펴보기로 한다. 대표적인 연구로는 가정폭력에 대한 체포의 억제효과에 대한 것이다. 경찰의 체포활동이 개인의 장래의 범죄를 억제하는가에 대한 경험적 연구는 가정내의 폭력에 대한 실험을 통하여 시도되었다. 미니아폴리스의 가정내 폭력실험 (The Minneapolis Domestic Violence Experiment: 1981-1982)에서 경찰은 가정내 폭력행위자에게 체포(arrest) 중재(mediation), 격리(separation)의 처벌을 한 후, 6개월 뒤에 피해조사와 폭력신고조사를 통하여 가정내의 폭력의 반복정도를 측정하였다. 실험 결과, 가정내 폭력에서는 중재나 격리 처벌을 받은 사람보다 체포를 당한 사람의 폭력횟수가 아주 적은 것을 발견하였다. 체포당했던 사람들 가운데서는 10%, 중재를 받았던 사람 가운데서는 19%, 격리되었던 사람들 가운데서는 24%가 가정내 폭력을 반복한 것으로 나타났다(Sherman and Berk, 1984: 261-272). 이러한 연구는 이후 경찰에 의하여 채택되어 가정폭력에 대한 체포를 강제하

는 계기를 제공하였다. 또한 셔어먼과 코헨(Sherman and Cohen)도 가정폭력에 대한 경찰의 개입이 그 후의 폭력행위에 어떠한 영향을 미쳤는지를 분석하였다. 그들은 경찰의 개입방식을 체포, 충고, 8시간 외출 명령으로 구분하고, 그러한 조치를 받은 남편의 재폭행여부를 연구하였다. 그 결과, 셔어만과 코헨은 체포조치를 받은 남편이 충고나 8시간 외출명령을 받은 남편보다 이후의 폭행이 적었다는 것을 발견하였다(Sherman and Cohen, 1989: 117-144) 페이트와 해밀턴(Pate and Hamilton)은 경찰의 체포가 가정폭력에 어떠한 영향을 미쳤는지를 Dade 카운티의 실험연구를 통하여 분석하였다. 그들은 체포의 법적 억제효과가 비공식적 제재, 즉 고용상의 지위와 가정내의 제재와 어떠한 상관관계를 갖는가를 분석하였다. 분석 결과, 그들은 가정폭력에 대한 체포의 공식적 억제효과는 명예훼손 등과 같은 비공식적 제재효과에 매개되어 작용한다는 것을 밝혀냈다(Pate and Hamilton, 1992: 691-697)

체포의 범죄억제효과에 대한 연구에서는 대체적으로 체포활동은 범죄행위를 감소시키는 것으로 나타났다. 체포율과 범죄율간의 관계에 대한 연구에서는 상호결정성과 시간구조가 문제시되고 있지만 대체적으로 체포율과 범죄율간에는 부의 관계가 발견되었다. 그리고 체포에 대한 두려움이 개인의 범죄행위에 미치는 효과에 대해서도 비교적 체포의 억제효과는 인정되는 듯하다. 그러나 최근의 연구는 가정폭력에 대한 경찰의 개입, 즉 체포는 가정폭력의 재범에 대하여 효과가 약하다는 결과가 제시되고 있다. 최근에는 이러한 결과가 체포 이후의 사법적 제재가 수반되지 못하기 때문으로 평가되고 있다. 따라서 경찰의 체포와 이후의 기소 및 형의 선고를 고려한 연구들이 시도되는 상황이다(Tolman and Weisz, 1995; Davis, Smith, and Nickles, 1998; Felson and Ackerman, 2001).

3. 순찰의 범죄억제효과

다음은 경찰의 순찰활동이 범죄억제에 미치는 영향을 살펴보고자 한다. 순찰은 경찰활동 가운데서 가장 중요한 범죄예방기능을 담당하고 있다고 여겨진다. 순찰은 경찰관이 일반적인 경찰임무를 수행하고 지역내의 상황을 파악하기 위하여 일정지역을 이동하면서 관찰하는 행위이다.[4)]

순찰은 경찰의 가장 대표적인 범죄예방활동으로서 범죄에 대한 신속한 대응(quick response)과 현시성(visibility)의 효과를 통하여 범죄자 및 잠재적 범죄자의 범죄욕구을 억제시키고, 시민에게는 범죄피해에 대한 두려움을 감소시키는 역할을 한다. 범죄에 대한 경찰의 대응이 빠르면 빠를수록 범죄억제효과는 높을 것이라는 가정아래, 순찰의 신속한 대응전략은 '경찰의 임장시간'(TAP: Time of Arrival of Police)을 바탕으로 하고 있다. (1) 범죄파악시간(detection time): 범죄가 발생한 시간으로부터 그러한 범죄행위를 피해자나 목격자가 알아채기까지의 시간이다. (2) 범죄신고시간(reporting time): 경찰이외의 다른 사람(피해자나 목격자)으로부터 범죄가 파악된 시간부터 경찰에 신고되는 시간까지이다. (3) 경찰대응시간(police response time): 경찰이 범죄발생신고를 받은 시간부터 그 범죄를 처리하기 위한 준비를 한 후 현장에 도착하기까지 걸리는 시간이다(Walker, 1992: 95-97). 범죄발생후 경찰의 임장시간이 범죄억제에 중요한 요인이 된다. 범죄자는 합리적으로 범죄행위, 범죄장소, 시간, 목표물, 범죄

4) 이러한 순찰은 순찰수단에 의하여 구분될 수 있을 것이다. 첫째로 도보순찰(foot patrol)은 걸어서 지역을 순찰하는 것으로서 지역주민들과 직접적인 대화 및 개인적 접촉을 가질 수 있기 때문에, 지역의 잠재적 범죄문제를 파악할 수 있다. 둘째는 자전거순찰(bicycle patrol)이다. 이는 도보순찰보다는 신속성이 있으며, 대민접촉도 친근하게 할 수 있다. 셋째는 싸이드카나 자동차(motorized patrol)에 의한 순찰이다. 이는 기동력이 높아 긴급사태에 신속하게 대처할 수 있다. 넷째는 헬리콥터 순찰(helicopter patrol)로서 특히 대도시에서 이용되는 순찰방식이다. 이는 헬기와 지상의 통신연결을 동하여 입체적으로 범죄에 대응할 수 있다. 다섯째로는 기마순찰(mounted patrol)이 있다. 기마순찰은 교통시설이 잘 갖추어지지 않은 곳에서 이용된다. 특히 공원 같은 곳에서 유용하다. 마지막으로 경찰견을 동반하는 순찰(canine patrol)이 있다(O'Block, 1981: 368-373).

수법 등을 결정한다. 또한 범죄행위를 통한 이익(benefit)과 비용(cost)을 계산한다. 이익은 물론 경제적 이득이며, 비용으로는 체포되어 처벌을 받을 위험이 가장 중요한 요소이다. 경찰에 의한 체포의 가능성이 범행결정의 중요한 변수로 계산된다. 범죄자는 침입과 도주의 가능성, 경찰의 임장시간 등을 고려하여 범행여부를 결정한다는 것이다. 따라서 범죄억제력(crime deterrence) = f(TAP, Ti)로 표현될 수 있다. TAP은 경찰이 범죄현장에 도착하는데 걸리는 시간이고, Ti(time of intrusion)는 범죄목표물에 침입하는데 걸리는 시간을 의미한다. 즉 이러한 견해에서는 범죄억제력을 침입시간과 경찰의 임장시간의 함수로 보는 것이다. 즉 침입시간이 길거나. 경찰의 임장시간이 짧을수록, 범죄억제력은 그만큼 강해진다는 것이다(O'Block, 1981: 20-21).

그러면 순찰의 범죄억제효과에 대한 경험적 연구를 살펴보기로 한다(Walker, 1992). 미국에서 순찰의 범죄억제효과에 대한 초기실험(Early Experiment)은 1950년대에서 1960년대에 걸쳐 수행되었다. (1) '작전 25'(Operation 25)라고 불리우는 실험이다. '작전 25'는 1954년도에 뉴욕시의 25번 관할구에서 4개월동안 수행되었다. 25번 관할구는 맨하탄섬의 북동쪽에 위치하고 있는 1평방 마일의 지역으로서, 전통적으로 혼잡하고, 빈곤하며, 높은 범죄율을 보이는 지역이다. 그 지역은 55개의 도보순찰구역이 있었고, 순찰거리는 평균 10블럭 정도였으며, 순찰에 필요한 인력이 충분하지 못했다. 실험과정에는 순찰구역의 수를 89개로 늘렸으며, 순찰거리도 5블럭 정도로 줄였다. 경찰인력도 2배로 증가시켜 모든 구역을 순찰할 수 있게 하였다. 그 결과, 동일한 기간동안에 뉴욕시에서는 절도범죄가 4.7% 감소한데 비하여, 25번 관할구에서는 55.6%가 감소한 것으로 나타났다. 또한 절도범죄 체포율은 20.2%에서 65.6%로 증가한 것으로 밝혀졌다. 따라서 이러한 실험에서 경찰순찰의 증가는 범죄의 억제와 체포율의 증가에 기여한다는 결론을 내릴수 있었다. (2) 'Beat patrol experiment'이다.

이 실험은 영국의 네 도시에서 4주 동안 시행된 것이다. 실험방법은 도보순찰의 경우 경찰관을 배치하지 않은 단계에서 시작하여 순찰경찰관을 4명까지 증가시키고, 그 과정에서의 범죄현상을 살펴본 것이다. 실험결과, 경찰관을 배치하지 않을 때보다, 모든 구역에 1명씩 배치하였을 때 범죄가 낮아진 것으로 나타났다. 그러나 두 명을 배치하였을 때에는 1명을 배치한 경우에 비하여 커다란 변화가 없었으며, 세 명과 네 명을 배치하였을 때에는 범죄율이 다소 감소한 것으로 나타났다. 따라서 이 실험에서는 경찰의 순찰은 범죄의 억제에는 영향이 있는 것으로 나타났지만, 경찰수의 증가에 따른 억제효과는 알 수 없는 것으로 나타났다. 그러나 이러한 순찰 실험에서는 실험기간이 너무 짧았다는 점이 문제점으로 제기되고 있다. (3) '20번째 관할구 실험' (20th precinct experiment)이다. 뉴욕시에서는 1963년부터 1967년까지 5년 동안 20번째 관할구에서 도보순찰인원을 40%정도 증가시켜, 순찰이 범죄에 어떠한 영향을 미치는가를 살펴보았다. 실험지역은 맨하탄의 서부지역으로 인구밀도가 높고, 빈부격차가 심하고, 다양한 인종이 모여 사는 지역이다. 실험결과, 노상강도는 33%정도 감소하였고, 노상절도는 49%, 자동차절도는 49%정도 감소한 것으로 밝혀졌다. (4) '지하철 실험' (subway experiment)이다. 1965년, 뉴욕시에서는 지하철 범죄에 대한 경찰순찰의 효과를 분석하였다. 즉, 지하철의 경찰인력을 증가시키고. 그러한 조치가 지하철 범죄에 어떠한 영향을 미치는가를 분석하였다. 이러한 실험은 1965년부터 1973년까지 이어졌는데, 결과는 단기적으로는 전체범죄를 감소시키는 것으로 나타났지만, 1년 동안의 범죄율은 실험 이전의 수준을 넘어선 것으로 밝혀졌다. 그러나 경찰순찰의 증가는 오후 8시에서 오전 4시까지였으며, 그 사이에 발생한 범죄율은 감소한 것으로 나타났다. 따라서 지하철 실험에서도 경찰순찰의 증가는 범죄억제효과가 있는 것으로 밝혀졌다(Walker. 1992: 99-100). 이와 같이 1950-60년대의 초기 실험에서는 순찰의 증가가 범죄의 억제에 긍정적 역할을 하고 있는 것

으로 밝혀졌다. 그러나 이러한 순찰의 효율성에 대한 연구는 체계적이고 과학적인 절차가 결여되어, 실험결과의 일반화에는 많은 문제점을 내포하고 있다.

이에 관하여 캔자스시의 예방순찰실험(Kansas City Preventive Patrol Experiment: 1972-1973)은 미국경찰에게는 획기적인 사건으로 인식된다. 그것은 이 실험이 순찰의 효율성에 대한 최소한의 과학적 기준을 갖춘 최초의 실험이기 때문이다. 즉 캔자스시의 예방순찰실험에서는 이전의 연구와는 다르게 피해조사(victimization survey)를 통하여 숨은 범죄를 파악하고, 나아가 시민의 경찰의 현시성에 대한 인지와 범죄에 대한 두려움을 측정하여 분석하였다. 실험지역은 남부순찰구역(South Patrol Division)의 24개 순찰대 가운데 15개 순찰구역이 선정되었으며, 그들은 범죄자료, 서비스 요구, 인종적 구성, 소득수준. 인구이동의 정도에 따라 반응적 순찰구역(reactive beats), 사전적 순찰구역(proactive patrol), 통제적 순찰구역(control patrol)으로 분류되었다. 반응적 순찰구역에서 경찰차는 예방순찰을 수행하지 않고, 시민의 요청에 의하여 반응한다. 그리고 시민의 요청이 없을 경우에는 담당구역이나 인접한 사전적 순찰구역을 순찰한다. 사전적 순찰구역에서는 2인이 탑승한 순찰차가 담당구역을 정기적으로 예방순찰한다. 통제적 순찰구역에서는 1인 순찰차가 정상적인 수준의 순찰활동을 한다. 또한 순찰의 효과에 대한 자료는 기본적으로 범죄활동, 지역사회의 인식과 태도, 경찰의 활동의 측면으로 수집되었다. 범죄발생에 대한 자료는 피해조사와 공식적인 범죄통계자료로 파악하였으며. 범죄피해조사를 통하여 시민의 범죄에 대한 두려움, 가정과 기업의 범죄예방조치, 경찰에 대한 태도 등도 측정하였다. 또한 경찰의 반응시간. 체포활동, 경찰관의 시간활용, 경찰관의 태도 등도 조사하였다. 즉 이전의 실험이 공식적인 경찰자료에만 의존한 것과는 다르게, 다양한 자료수집을 통하여 연구의 신뢰성을 높이고자 하였다. 이와 같은 순찰실험은 1972년 7월에 시작되었으나, 실험

조건의 유지에 문제가 발생하여 1개월 정도 연기되었다. 그후 재조직하여 1972년 10월에 시작되어 1973년 9월까지 수행되었다. 캔자스(Kansas)시의 예방순찰에 관한 실험에 의하면, 순찰수준의 차이는 범죄발생과 시민의 심리적 안정감에 유의미한 효과를 주지 못하는 것으로 나타났다. 즉 반응적, 사전적, 통제적 순찰의 차이는 범죄발생, 범죄에 대한 시민의 두려움, 경찰에 대한 시민의 태도, 경찰의 반응시간 등에 영향을 미치지 못한 것으로 나타났다.

이와 같이 캔자스시의 예방순찰실험에도 많은 문제점을 갖고 있으며, 또한 비판을 받고 있다. 그러나 이러한 캔자스시의 예방순찰실험은 두 가지 측면에서 이후의 경찰활동에 영향을 미쳤다. 첫째로 경찰활동에 대한 연구에서 새로운 기준을 제공하였다. 즉 피해조사 등의 새로운 분석방법을 사용하여 경찰활동의 효과에 대한 연구를 더욱 정교화시켰다. 둘째로 이 실험은 순찰활동의 증가는 범죄를 감소시킬 것이라는 막연한 전통적 견해에 대하여 경종을 울렸으며 경찰활동에 대한 반성의 계기를 마련하였다. 즉 순찰의 증가가 범죄를 감소시키지 못했다는 것을 밝힘으로써, 경찰활동에 대한 기본적 전제를 흔들어 놓았다. 이는 경찰은 무엇을 하여야 하는가에 대한 새로운 성찰의 기회를 제공하였다. 이러한 노력은 1980년대 말의 문제지향적 경찰활동(problem-oriented policing)과 지역사회 경찰활동(community policing)과 같은 논의를 불러일으켰다(Walker, 1992: 100-103).

뉴저지(New Jersey)의 뉴와크에서는 도보순찰실험(The Newark Foot Patrol Experiment)이 1978년부터 1979년 기간동안 수행되었다. 이 실험에서는 도보순찰이 범죄와 체포율, 지역주민의 태도에 어떠한 영향을 미치는가를 분석하였다. 실험의 결과는 경찰의 도보순찰은 실제적인 범죄에는 영향을 끼치지는 못하지만 지역주민의 태도에는 영향을 미친 것으로 밝혀졌다. 즉 경찰의 도보순찰은 범죄에 대한 시민의 두려움을 감소시켜 주었으며. 경찰의 이미지를 개선시켰다는 것이다. 또한 시민뿐 아니라 경찰 스스

로에게도 영향을 주어, 시민에 대한 긍정적 이미지를 심어주었고, 경찰직업에 대한 만족도를 높인 것으로 나타났다. 이와 같이 뉴와크의 도보순찰 실험에서는 경찰과 시민 모두에게 긍정적인 영향을 미친 것으로 밝혀졌다 (Williams and Pate, 1987: 53-70: Walker, 1992: 103-104).

Ⅳ. 경찰의 범죄억제력에 관한 연구의 문제점

지금까지 살펴보았듯이, 경찰력의 강화가 범죄를 감소시키는지의 여부는 지속적인 논쟁거리로 남아 있으며 경험적 연구를 통해서도 경찰활동의 범죄억제효과는 인정되기도 하고 부정되기도 하였다. 그런데 이러한 연구들과 관련된 쟁점과 문제점들 살펴보면 다음과 같다. 첫째로 경찰과 범죄간의 관계에 대한 논의는 기본적으로 국가의 형벌권의 행사와 관련된 것이다. 또한 경찰인력의 충원. 예산과 장비의 확대, 그리고 경찰활동의 강화 등을 통한 범죄통제정책을 추진하는 것은 비록 범죄를 감소시켜 사회를 안전하게 한다는 장점이 있지만, 다른 한편으로는 국가형벌권의 확대나 사회통제의 확대를 의미한다. 이는 필연적으로 시민의 자유를 제한하는 효과를 초래한다는 것이다. 따라서 경찰의 범죄예방활동은 적법하고 공정한 절차를 통하여 신중하게 수행할 것이 요구된다.

둘째로 범죄는 개인적 결함뿐만 아니라 빈곤 및 사회적 불평등과 같은 사회적 환경들이 복합되어 발생한다고 할 수 있다. 따라서 사회적 환경의 개선을 병행하지 않는 한 범죄예방활동은 뚜렷한 효과를 얻기 어려울 것이다. 경찰에게는 이러한 사회적 환경을 개선할 능력이 없기 때문에, 경찰의 범죄통제활동은 범죄원인의 제거보다는 범죄가 발생하는 상황적 범죄발생조건을 통제하는 전략에 머무를 수밖에 없다는 한계가 있다.

셋째로 경찰은 공공질서의 유지, 범죄의 진압 및 예방, 위급한 상황의

처리, 기타 공공서비스의 제공 등 매우 폭넓고 다양한 역할을 수행하고 있다. 범죄문제의 해결도 경찰이 수행해야 하는 여러 활동 가운데 하나에 지나지 않는다. 물론 시민이나 경찰도 범죄문제를 우선적으로 해결해야 할 중요한 사회문제로 인식하고 있으며, 그 해결책으로는 무엇보다도 범죄가 발생하기 전에 예방하는 것을 가장 바람직한 것으로 여기고 있다. 그러나 현실적으로 발생한 범죄의 처리 및 수사에 대해서도 인력과 시간, 자원의 부족으로 적절하게 대응하지 못하고 있는 실정이다. 이와 같이 범죄의 예방보다도 더 시급히 해결해야 할 다른 문제에 인력과 자원을 배치하게 됨으로써, 실질적인 범죄예방활동은 소홀히 취급되거나 형식적인 활동에 그치기 쉽다는 점이다.

넷째로는 억제이론에서 전제한 개인의 합리성에 대한 비판이다 범죄자들은 억제이론에서 제시된 바와 같이 완전하게 합리적 선택을 하지 못한다는 것이다 범죄자들은 불법/합법적 행위의 비용/이익을 계산하여 불법행위여부를 결정하는 것이 아니라, 단지 불법행위 안에서 언제, 어디서, 어떻게 행동할 것인지에 대한 제한된 합리적 행위를 한다는 것이다. 그럼으로 경찰의 활동은 범죄동기 자체를 제거하기 못하기 때문에 범죄의 장소와 대상 등의 대체효과를 야기할 뿐이다. 체포될 위험이 높은 상황에 직면한 범죄자는 덜 위험한 범죄유형과 방법, 대상으로 전환할 것이다. 그러나 덜 위험한 것은 이득이 적다. 그럼으로 일정수준의 소득을 유지하기 위하여 더 많은 범죄를 저질러야 한다. 경찰을 증가시켜 범죄비용을 증가시키는 것은 오히려 범죄를 더 증가시키게 된다는 것이다. 즉 더 많은 경찰은 강도와 같은 가시적인 범죄를 감소시키지만, 단순 절도와 같이 잘 드러나지 않는 범죄는 더 증가시킬 것이다.

다섯째로는 경찰과 범죄간의 관계에 대한 분석과정에서 대부분의 경험적 연구는 경찰과 범죄간의 관계에만 치중하여 경찰요인과 범죄요인에 영향을 미치는 다른 사회인구학적 요인들을 함께 분석하지 못하고 있다. 이

러한 상황에서 비록 분석을 통하여 두 현상간의 관계가 통계학적으로 유의미한 결과를 유발하였다고 하더라고, 그 관계가 허위관계가 인지에 대한 분석이 필요하다. 따라서 두 현상에 대하여 영향을 미칠 수 있는 제3의 변수들을 통제할 수 있는 연구모형이 필요하다.

여섯째로는 경찰과 범죄간의 인과적 관계의 설정이다. 이러한 인과관계에 대한 다툼은 방향과 시간지체효과에 대한 것이다. 엘리히와 마크(Ehrlich and Mark)가 경찰력과 범죄와의 관계를 상호결정적 관계로 규정하였지만, 많은 경험적 연구에서 경찰과 범죄간의 관계는 각각의 일방적인 인과관계로 설정되어 분석되었다. 그 결과 대부분의 학자들은 범죄의 증가는 경찰활동의 증가를 초래할 것이라는 점에서는 다소 견해를 같이 하였지만, 경찰활동의 증가로 범죄가 감소한다는 점에 대해서는 상반된 견해를 보이고 있다. 따라서 이러한 경찰과 범죄간의 상호결정성과 시간지체효과를 적절하게 분석할 분석방법을 정교화하여야 한다.

일곱째로는 경찰력 및 활동, 그리고 범죄행위에 대한 조작화와 측정지표이다. 경찰력은 주로 경찰인력 및 예산으로 측정하고, 경찰활동은 주로 체포율과 범죄해결율로 측정하였다. 초기에는 범죄활동을 범죄해결율로 파악하였지만 이러한 척도는 해결이라는 기준이 모호하여 적합하지 않는 것으로 평가되었다. 그리고 범죄행위는 국가의 공식범죄자료로 분석하고 있다. 즉 실제범죄가 아니라, 형사사법기관에 의하여 인지된 범죄율을 분석의 자료로 주로 사용하고 있는 것이다. 만일 경찰력이 향상되고 경찰의 활동이 강화되어, 경찰의 범죄인지능력이 향상된다면, 공식범죄율은 증가한 것으로 나타날 것이다. 즉 경찰이 적극적으로 활동하면 할수록, 공식범죄율은 증가하는 모순적 현상이 나타날 것이다. 그러나 만일 실제 범죄에는 큰 변화가 없었다고 한다면, 공식범죄율의 증가현상은 경찰에 의한 인지범죄가 증가한 것이라고 이해될 수 있을 것이다. 따라서 공식범죄율을 통한 경찰활동의 억제효과에 대한 분석에서는 조심스러운 해석이 요구된다.

Ⅴ. 맺음말

지금까지 경찰의 범죄억제효과에 대한 미국의 연구들을 살펴보았다. 억제이론에 의하면, 경찰력과 경찰활동의 증가는 처벌의 신속성, 확실성, 그리고 엄중성을 강하여, 범죄자로 하여금 범죄에 대한 비용 및 두려움을 높여 범죄행위를 감소시킨다. 그러나 미국에서 논의된 경찰력 및 경찰활동의 범죄억제력에 대한 경험적 연구는 억제이론에서 제시된 바와는 다른 다양한 결과들을 제시하고 있다. 그러나 이러한 연구들을 통하여 미국에서 경찰들이 범죄억제 및 예방을 위한 노력과 그에 대한 과학적인 평가가 이루어지는 것을 확인할 수 있었다 이러한 경찰의 범죄통제활동과 그에 대한 연구를 통하여 미국의 경찰들은 효과적이며 현실적인 새로운 범죄예방활동 및 프로그램들을 개발시켰다고 할 수 있다. 그러한 점에서 아직 우리 사회는 미진한 점이 많다고 보여진다 앞으로 무분별한 외국의 제도의 소개나 도입보다는 현 제도의 운영실태 및 문제점, 그리고 그에 대한 평가에 더 많은 관심을 보여야 할 것으로 보인다. 이러한 과정을 통하여 우리 사회에 맞는 우리 사회에 적합한 제도들과 프로그램들을 개발해야 할 것이다. 이러한 연구가 앞으로 우리 사회에서 경찰의 범죄억제활동에 대한 관심을 높이고, 더 심층적인 연구를 위한 계기를 여는데 도움이 되기를 바랍니다.

참고문헌

Bandura, W.C.

1976. *Aggression: A Social Learning Analysis*. Englewood Cliff, N.J.: Prentice-Hall.

Barr, B., and K. Pease

1990. "Crime Placement, Displacement, and Deflection." *Crime and Justice* 12: 277-317

Becker, G.S.

1968. "Crime and Punishment: An Economic Approach." *Journal of Political Ecomony* 76: 169-217.

Berk, R. A., and P. J. Newton

1985. "Does Arrest Really Deter Wife Battery? An Effort to Replicate The Findings of The Minneapolis Spouse Abuse Experiment." *American Sociological Review* 50: 253-262.

Berk, R. A., A. Campbell, R. Klap, and B. Western

1992. "The DeterrentEffects of Arrest in Incidents of Domestic Violence: A Bayesian Analysis of Four Field Experiments." *American Sociological Review* 57: 698-708.

Blumstein, A., J. Cohen, and D. Nagin(eds.)

1978. *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effect of Criminal Sanctions on Crime Rates*. Washington, D.c.: National Academy Press.

Chamlin, M.B.

1988. "Crime and Arrests: An Autoregressive integrated moving Average(ARIMA) Approach." *Journal of Quantitative Criminology* 4: 247-258.

1989. "A macro Social Analysis of Change in Police Force Size, 1972-1982: Controling for Static and Dynamic Influences." *Sociological Quarterly* 30: 615-624.

1991. "A Longitudinal Analysis of the Arrest-Crime Relationship: A Further Examination of the Tipping Effect." *Justice Quarterly* 8: 187-199.

Chamlin, M.B., H.G. Grasmick, R.J. Bursik, Jr., and J.K. Cochran
1992. "Time Aggregation and Time Lag in Macro-level Deterrence Research." *Criminology* 30: 377-395.

Cock, P. J.
1980. "Research in Crime Deterrence: Laying the Groudwork for the Second Decade." *Crime and Justice* 2: 211-268.

Cornish, D. B., and R. V. Clarke
1987. "Understanding Crime Displacement: an Application of Rational Choice Theoty." *Criminology* 25: 933-947.

Davis, R.C., B.E. Smith, and L.B. Nickles
1998. "The Deterrent Effect of Prosecuting Domestic Violence Misdemeanors." *Crime & Delinquency* 44: 434-442.

D'Alessio, S.J., and L. Stolzenberg
1998. "Crime, Arrests, and Pretrial Jail Incarceration: An Examination of the Deterrence Thesis." *Criminology* 36: 735-761.

Dunford, F. W., D. Huizinga, and D. S. Elliott
1990. "The Role of Arrest in Domastic Assault: The Omaha Police Experiment." *Criminology* 28: 182-206.

Eck, J. E., and W. Spelman
1986. "Who Ya Gonna Call? The Police as Problem-Busters." *Crime & Delinquncy* 33: 31-51.

Ehrlich, I., and R. Mark
1977. " Fear of Deterrence." *The Journal of Legal Studies* 6: 293-316.

Felson, R.B., and J. Ackerman
2001. "Arrest for Domestic and Other Assault." *Criminology* 39: 655-675.

Gabor, T.
1981. "The Crime Displacement Hypothesis: An Empirical Examination." *Crime & Delinquncy* 26: 390-404.
1990. "Crime Displacement and Situational Prevention: Toward the Development of Some Principle." *Canadian Journal of Criminology* 32: 41-73

Gibbs, J.P.

1968. Crime, Punishment, and Deterrence. *Southwestern Social Science Quarterly* 28: 515-530.

Greenberg, D. F., and R. C. Kessler

1982. "The Effect of Arrests on Crime: A Multivariate Penal Analysis." *Social Forces* 60: 771-790.

Greenberg, D. F., R. C. Kessler, and C.H. Logan

1979. "A Panel Model of Crime Rates and Arrest Rates." *American Sociological Review* 44: 843-850.

Hough, M.

1987. "Thinking About Effectiveness." *British Journal of Criminology* 27: 70-79.

Jacob, H., and M. J. Rich

1980. "The Effects of The Police on Crime: A Second Look." *Law & Society* 15: 109-122

1981. "The Effects of The Police on Crime: A Rejointer." *Law & Society* 16: 171-172.

Jones, F.T.

1974. "The Impact of Crime Rate Changes on Police Protection Expenditures in American Cities." *Criminology* 11: 516

Kohfeld, C.W., and J. Sprague

1990. "Demograpy, Police Behavior and Deterrence." *Criminology* 28: 111-136.

Land, K.C., and M. Felson.

1976. "A General Framework for Building Dynamic Macro Social Indicator Models: Including an Analysis of Changes in Crime Rates and Police Expenditures." *American Journal of Sociology* 82: 565-604.

Liska, A.E., M.B. Chamlin, and M.D. Reed

1985. "Testing the Economic Production and Conflict Models of Crime Control." *Social Forces* 64: 119-138.

Loftin, C., and D. McDowell

1982. "The Police, Crime, and Economic Theory: An Assessment." *American*

Sociological Review 47: 393-401.

Logan, C.H.

1975. "Arrest Rates and Deterrence." *Social Science Quarterly* 56: 376-389.

Marvell, T.B., and C. E. Moody

1996. "Specification Problems, Police Levels, and Crime Rates." *Criminology* 34: 609-646.

McDowall, D., and C. Loftin

1986. "Fiscal Politics and the Police; Detroit, 1928-1976." *Social Forces* 65: 162-175.

Nagin, D. S., and R. Paternoster

1991. "The Preventive Effects of The Perceived Risk of Arrest: Testing An Expanded Conception of Deterrence." *Criminology* 29: 561-587.

O'Brien, R.M.,

1996. "Police Productivity and Crime Rates: 1973-1992." *Criminology* 34: 183-207.

O'Block, R. L.

1981. *Security and Crime Prevention*. St. Louis: The C. V. Mosby Co.

Pate, A. M., and E. E. Hamilton

1992. "Formal and Informal Deterrents to Domestic Violence: The Data County Spouse Assault Experiment." *American Sociological Review* 57: 691-697.

Phillips, L., and H.L. Votey

1972. "An Economic Analysis of the Deterrent Effect of Law Enforcement on Criminal Activity." *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 63: 330

Reppetto, T. A.

1976. "Crime Prevention and the Displacement Phenomenon." *Crime & Delinquency*: 166-177.

Sampson, R. J., and J. Cohen

1988. "Deterrent Effects of The Police on Crime: A Replication and Theoretical Extension." *Law & Society* 22: 164-189.

Sherman, L. W.

1990. " Police Crackdowns: Initial and Residual Deterrence." *Crime and Justice* 12 : 1-48.

1992. " Attacking Crime: Police and Crime Control." *Modern Policing*. M. Torry and N. Morris(ed.). Chicago and Londen: The Universities of Chicago Press.

Sherman, L. W., and R. A. Berk

1984. "The Specific Deterrent Effects of Arrest for Domestic Assault." *American Sociological Review* 49: 261-272.

Sherman, L. W., and E. G. Cohen

1989. "The Impact of Research on Legal Policing: The Minneapolics Domestic Violence Experiment." *Law & Society* 23: 117-144.

Sherman, L. W., and D. A. Smith

1992. "Crime, Punishment, and Stake in Conformity: Legal and Informal Control of Domestic Violence." *American Sociological Review* 57: 680-690.

Sjoquist, D.L.

1973. "Property Crime and Economic Behavior: Some Empirical Results." *American Economic Review* 63: 439

Skogan, W.G.

1976. "Efficiency and Effectiveness in Big-City Police Departments." *Public Administration Review* 36: 278.

Smith, D. A., and P. R. Gartin

1989. "Specifing Specific Deterrence: The Influence of Arrest on Future Criminal Activity." *American Sociological Review* 54: 94-105.

Swimmer, E.

1974. "Measurement of the Effectiveness of Urban Law Enforcement-A Simultaneous Approach." *Southern Economic Journal* 40: 618-630.

Swimmer, G.

1974. "The Relationship of Police and Crime: Some Methodological and Empirical Results." *Criminology* 12: 293.

Tittle, C.R., and A.R. Rowe

1974. "Certainty of Arrest and Crime Rates: A Further Test of the Deterrence Hypotheses." *Social Forces* 52: 455-462.

Tolman, R.M., and A.Weisz

1995. "Coordinated Community Intervention for Domestic Violence: The Effects of Arrest and Prosecution on Recidivism of Woman Abuse Perpetrators." *Crime & Delinquency* 41: 481-495.

Walker, S.

1992. *The Police In America: An Introduction*. New York: McGraw-Hill, Inc.

Wellford, C.R.

1974. "Crime and the Police: A Multivariate Analysis." *Criminology* 12: 195.

Wilson, J. Q., and B. Boland

1978. "The Effect of The Police on Crime." *Law & Society* 12: 367-390.

1981. "The Effect of The Police on Crime: A Response to Jacob and Rich." *Law & Society* 16: 163-169.

Williams, H. and A. M. Pate

1987. "Returning to First Principles: Reducing the Fear of Crime in Newark." *Crime & Delinquency* 33: 53-70.

Williams, K. R., and R. Hawkins

1986. "Perceptual Research on General Deterrence: A Critical Review." *Law & Society* 20: 545-572.

A Study on the Deterrent Effects of the Police

Ki, Kwang-Do**

Police are the officials primarily assigned the task of crime control. Crime control includes preventing crime, responding to criminal incidents, conducting criminal investigations, and clearing crimes. Police are tempted to solve crime problems by strength of resource and activities. Can police reduce crime? The purpose of this study is to review the deterrent effects of the police on crime that have been made by the American police.

The usual argument supporting a negative impact of police on crime is deterrent theory. Deterrence theory emphasizes the threat of punishment to inhibit criminal behavior. The deterrent effect of punishment relies on the existence of three factors; the celerity, certainty, and severity of the punishment. The absence of any one part can seriously impede the deterrent effect of the punishment. Although there have been several theoretical hypothesis of the positive relationship between police and crime, empirical researches on the issue has produced highly divergent results. On the one hand, supporters have argued that police activities contribute to reduce crime rates. On the other hand, critics charge that this claim is false, due to methodological problems.

In this study, we have reviewed the crime deterrent effects of police strength, arrest, and patrol of American police. These essay suggested police

** Associate Research Fellow, K.I.C., Ph.D. in Sociology.

strategy and activities for crime control test those deterrent effects by empirical research. And we hope this study to contribute to the improvement of crime control in Korean police.

집시법상의 문제점 및 그 개선 방안에 관한 연구
- 건전 시위문화정착 측면 중심으로 -

양 태 규*

Ⅰ. 問題의 提起

1. 硏究의 目的

무릇 집회 및 시위란 그 개념 정의(집회 및 시위에 관한 법률 제2조 1호 이하 '집시법' 혹은 '법'이라 칭함)에서 보듯 다수인의 위력행위 내지 의견에 대한 제압 등 영향력 행사를 주요 내용으로 하고 있다. 시위대는 자기들의 주의·주장을 끝까지 관철시키기 위하여 노력한 반면, 이에 대처하는 경찰은 시위 이유야 어떻든 간에 변수없이 평화적으로 집회가 종료되길 기원하는 그야말로 상호 상이한 목적으로 임하게 됨이 일반적이다. 이같은 목표의 상이는 자칫 상호간의 충돌내지는 마찰가능성을 야기하기 십상이다. 즉 시위대는 시위목적 달성을 위하여 결사항쟁·결사쟁취·총력투쟁불사 등 전투적·적대적 개념의 의사 표시나 소위 '떼법'이라는 잘못된 관행이 집단행동을 통한 '法秩序 無力化'를 기도하기 일쑤이고, 진압경찰 역시 변수 없는 안전진압 내지는 집회의 평화적 종료를 최우선 목표로 추구한다. 그 결과 시위대의 즉각적인 해결요구에 별다른 대안이 없는 현실에서 어찌보면 양대집단(세력)간의 충돌은 불가피한 예정된 수순일인지도 모른다.

---

* 경기지방경찰청 수사과장, 총경

더구나 시위대는 집회결사의 자유(권리)가 헌법상의 신성 불가침한 기본적 인권이라는 전제하에 무제한적이고 통제 불가능한 절대적 자유임을 주장하기 때문에 합법적・평화적 시위의 보호와 불법폭력시위의 방지를 주임무로 하는 경찰공권력의 행사를 마치 기본권 침해의 主犯인양 간주하며 主敵 槪念으로 인식하고 있음이 현실이다.

그러나 이같은 상호 敵對的 戰鬪槪念은 이제 변화돼야 한다고 본다. 과거 권위주의적인 정권 하에서의 민주화 시위나 독재정권타도의 열기속에서 일면 타당한 논리였는지는 몰라도 현재의 안정된 고도의 산업사회에서는 공공의 안녕 질서의 유지라는 가치 역시 우선시 되어야 할 또 하나의 最高善이라고 본다. 따라서 과거 무제한적인 시위의 자유 보장을 위한 목적에서 제정・시행되어온 집시법도 公共의 安寧이라는 현대적 지배원리에 의해서 새롭게 변화・발전되어야[1][2][3] 할 것이다. 특히 2001년 9월 4일을 기해 '무최루탄원칙만 3년' 이 지났음에도 평화적 시위문화가 이 땅에 정착되었다고 보기에는 아직 이른 감이 있다. 여전히 불법・폭력시위가 계속하여 증가하고 있으며('98: 67회, '99: 129회, '00: 105회 '01.7末현재: 169회) 화염병[4]('98: 2회 170개, '99: 7회 613개, '00: 7회 746개, '01.7末현재: 22회 2,443개)・투석・각목・쇠파이프 사용('98: 25회, '99: 63회, ''00: 38회, '01.7末현재: 68회), 도로・철도 점거 및 시설 피습('98: 40회, '99: 59회, '00: 60

1) 同旨 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001. 642면참조: …집회・결사는 단체적 행동으로 인하여 공공질서에 대한 영향력이 크고 직접적이므로 언론・출판의 자유보다 좀 더 강한 국가적 통제를 받으며, 특히 오늘의 대중적 민주주의 국기에 있어서는 대중적 집회 시위 같은 현대적 집회와 결사의 출현에 의하여 순수한 개인적 현상을 기준으로 한 고전적인 자유주의적 의미의 집회・결사의 자유로부터 점차 객관적 법질서로 변질되고 있다고 할 수 있다.

2) 집회의 자유는 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있다(헌법§37①).

3) 집회의 자유는 무제한의 자유가 아니라 공공의 질서・공공의 안전 및 공공의 복리 등에 반하지 아니하는 범위내에서 허용된다('83.3.8 대판82도 3248호사건).

4) 시위문화 이대로는 안된다(上) - 다시 도심에 난무한 '화염병' … 올해 화염병시위 15건, 지난 3년건수에 육박, 곳곳서 투석・도로점거, 차량 1-2시간 발묶여" (조선일보, 2001.4.2. 사회1면 참조).

회, '01.7末 현재: 79회) 등이 난무하고 있다. 격심한 폭력시위로 인하여 주변 교통혼잡이 가중되고 있다. 이러한 시위문화는 하루 속히 종식되고 대신 평화적 시위문화가 정착되어야 할 것이다. 게다가 매년 증가일로에 있는 시위발생건수('97: 9,729건-1,500,224명, '98: 11797건-660,003명, '99: 17,209건-2,978,254명, '00: 21,207건-361,172명, '01.6末현재: 10,399건 발생-약160만명 참가)와 시위대에의 참가는 평화적 시위문화의 정착이 목전에 당면한 시급한 과제임을 나타내고 있다.

본 논문은 이 같은 권위주의 시대에 제정·공포·시행되어 온 집시법이 권위주의·독재타도를 벗어난 오늘의 현실을 적용함에 있어 나타난 몇 가지의 문제점을 직시하고, 이에 대한 전향적·발전책으로서의 개선방향을 탐색하고자 한다. 이같은 방향제시는 결국 시위대에게는 시위 목적달성을 위한 평화적인 집회보장을, 경찰에게는 변수없는 시위관리로 사회공공의 안녕질서의 확보라는 '相勝·相生의 調和' (win-win strategy)라는 이론적 기반을 제공하는 바로미터가 될 것이라고 본다.

2. 研究의 範圍

본 연구는 일선 시위현장에서 발생하는 상호 대립된 목적을 가진 양대 세력(시위대·경찰관)간의 마찰없는 원만한 해결방안의 탐색에 주목적이 있다. 이를 위해서는 무제한적인 시위권의 보장보다는 공공의 안녕질서 유지라는 이념적 토대하에서 집회 및 시위권이 적정하게 행사·보장되고 경찰권 역시 이의(평화적 시위권) 보장을 위한 장치로서의 역할을 해야 할 것이다.

상호 대립된 목적의 합리적인 조화는 결국 공공의 안녕질서 유지라는 커다란 국가목적에 이바지하는 결론에 도달하게 될 것이다.

따라서 본 논문에서는 공공의 안녕질서의 확보라는 최우선 목표를 위해

달라져야 할 시위문화(시위대측), 평화시위 보장을 위한 시위관리(경찰측)에 중점을 두면서 Ⅱ.에서는 외국에서의 그간의 시위 행태 · 현황을 살피면서 입법례를 고찰하였다. Ⅲ.에서는 평화집회와 시위 보장을 주임무로 하는 경찰공권력의 관점에서 본 현행 집시법상의 문제점을 검토하면서 Ⅳ.에서는 공공의 안녕질서라는 오늘의 현실적 요구를 반영할 발전적 개선책을 제시함으로써 '불법 폭력시위'→'강경 진압'→'또 다른 불법폭력시위'이라는 '惡循環의 연결고리' (vicious circle of violent demonstration)를 차단하여 민주적 법치질서를 확립하고, 평화적 시위문화를 정착하기 위한 방향을 제시하고자 하였다.

Ⅱ. 各國 集示法의 現況과 分析

집회 및 시위는 다수인의 집단적 (자유)행위를 기초로 하기 때문에 사회질서에 미치는 영향력이 막대하므로 자유와 질서라는 소망스러운 두 개의 가치를 어떻게 하면 슬기롭게 조화시켜 집회 시위권을 합리적으로 보장 · 규제하느냐가 매우 중요한 문제로 대두된다. 이를 위해서 선진 각국의 집시법을 비교 · 고찰하여 그 보장 또는 규제의 내용을 파악함으로써 우리나라 집시법의 현실적용에 있어서 발생하는 문제점을 도출해 보고자 한다.

비교법적 고찰을 함에 있어 평화적 시위에로의 정착과정과 선진제국의 입법태도와 판결례 · 시위에 대한 경찰대응 및 과격시위 방지대책 등에 역점을 두면서 접근 · 분석하였다.

1. 英美法系 國家

가. 英 國

1) 示威 定着過程

영국에서 평화적 집회형태가 확립되기까지는 극심한 폭동과 진압의 역사가 있었다. 19c의 노동운동과 정치개혁에 대한 차티스트 운동 등은 모두 군대와 경찰에 의해 진압되었다. 이런 과정에서 정치적·법적 개혁과 함께 평화적인 집회 시위가 정착되었다. 영국에서도 1960년대 이래 10여년간 많은 시위와 행진이 폭력화한 양상을 보여주기도 했다. 이에 대해 영국경찰은 엄격한 법규의 적용으로 대부분의 국민들로부터 지지를 얻었다. 특히 TV를 비롯한 매스컴은 시위현장에서의 경찰과의 공방과정을 자세히 보도함으로써 양집단간의 과격한 충돌을 억제하는 효과를 얻어내기도 했다. 대표적인 과격 폭력시위는 1981년 브릭턴(Brixton) 마을에서의 흑인 폭동사태 (257명이 체포, 172명이 유죄판결을 받았다)와 最大의 被害·最長의 示威를 기록한 1984년의 광부파업시위[5]라고 할 수 있다. 이같은 폭력시위의 급속한 확산에 직면한 영국 정부는 대처(Margaret Thatcher)수상을 중심으로 폭력시위의 원인을 제공하고 있는 경기침체의 극복을 위한 '영국병

---

5) 1984년 3월 전국광산 노조(National Union of Miners)의 주도로 시작된 이 파업은 그 규모에 있어 근래에 보기 드문 엄청난 것이었다. 3월에 시작된 파업시위는 4월에도 계속되었고 마침내 5월에는 오그리브(ogreave)지방에서 8천명 이상의 경찰이 1만명의 광부와 충돌하는 폭력적 양상으로 바뀌었다. 7월에 이르러서는 피켓라인에 14만명의 광부들이 집결하여 경찰과 유혈충돌을 빚었다. 시위 양상은 계속 폭력적으로 전개되어 10월 15일 현재 부상 경찰은 817명, 체포된 광부는 7천명에 이르렀다. 당시 광산 노조의 파업시위로 영국 광부 18만 중 5만명 정도만이 작업장에 일하고 있을 뿐이었다. 11월 요크셔(Yorkshire)에서는 파업시위 이래 최초로 경찰에 대한 시위대의 과격하고 폭력적인 공격이 있었고, 이에 따라 35명의 경찰이 부상당하고 45명의 시위대가 체포되었다. 12월까지 9개월간 계속된 광부들의 파업시위는 12명의 경찰관 사망·총 2억 파운드의 재산피해·수많은 광부들의 구속 등의 손실을 남기는 최악의 시위사태였다.

치유' 개혁정책을 추진해 나가면서 1986년 公共秩序注(The Public Act)을 개정하였다. 이후 개혁정책이 성공하면서 과격한 시위가 점차로 사라지고 평화적인 집회시위 체제를 확립해 나가기 시작하였다.[6]

2) 法 制

영국에서는 다른 시민적 자유와 마찬가지로 집회의 자유를 명문으로 보장하는 법규범은 없다.[7]

제정법[8]과 보통법에 의하여 금지되지 않는 집회는 모두 허용되지만 집회권은 어떤 특수한 권리로서 파악되지 않는다. 집회 자체를 직접 규율하는 법률은 없지만 옥외집회가 공공장소에서 개최되기 때문에 공공장소에서의 질서유지를 위해 이 법들이 사실상 집회에 관한 규제법률로서 역할을 하고 있다. 질서법(Public Order Act)은 1936년에 정치적인 과격집단이 공공장소에서 질서를 교란시키는 것을 예방하기 위해서 제정되었다.

이 법은 '어떤 개인 또는 단체의 견해나 행동에 대해 지지 또는 반대를 나타내고자 하는 경우'와 '어떤 주의나 운동을 선전하고자 하는 경우에' 공공행진을 하고자 하는 자와 단체는 최소 6일전에 관계 당국에 '행진 날짜 시간 · 예정경로' 등을 서면으로 통지하여야 한다(§11).

'고위경찰관'은 공공행진의 개최와 관련하여 '심각한 대중적 혼란이나 재산에 대한 심각한 피해 또는 사회에 심각한 와해를 초래할 수 있다고 판단하는 경우'에는 일정한 조건을 부과하거나 공공장소안을 진입하는 것을

---

6) Terrill. Ricard J, "Margaret Thatcher's Law and Order Agenda", The American Journal of Comparative Law, 1989 summer, pp. 448~452.

7) Dicey는 '집회의 권리는 개인의 인신의 자유와 언론의 자유에 관한 판례의 축적에 지나지 않는다'고 했다(Dicey, "The law of constitution" 9th, ed, 1952. p. 271.).

8) 제정법으로서 대표적인 것은 1714년 소요법(Riot Act) · 1817년 선동적 집회법(Seditious Meeting Act) · 1835년 공공도로법(Highway Act) · 1871년 범죄방지법(Prevention of Crime Act) · 1908년 공공집회법(Public Meeting Act) 1936년 공공질서법(Public Order Act) 등이 있다.

금지할 수 있다(§12). 이때 고위경찰관은 행진이나 심각한 혼란의 발발로 막을 수 없는 특정한 상황이 관내에 존재한다고 판단되는 경우에는 지역구위원회에 요청하여 언제라도 최고 3개월 이하 동안 公共行進을 못하도록 할 수 있다(§13).

이외에 집회와 관련된 법규로는 의회 회기중에 의사당으로부터 1마일 이내에서 50명 이상의 집회를 금지하고 있는 선동적 집회법(Seditious Meeting Act), 공공장소에서 IRA의 회원이나 그 지지자임을 드러내는 의복·물건의 착용을 금하는 테러방지법(Prevention of Terrorism Act, 1976)등이 있고 지방자치단체의 조례도 사실상 집회에서 중요한 역할을 담당하고 있다.

3) 警察의 對應

시위 진압에 임하는 영국경찰의 자세는 대단히 신중하나 불법 과격집회에 대해서는 엄격한 법적용을 단행하고 있다. 즉 시위 진압의 최우선은 旣發 시위의 확산방지이며, 시위 주동자의 체포보다는 시위대의 해산에 더 역점을 두는 전략을 택한다. 이같은 진압자세는 결과적으로 경찰에 대한 국민적 신뢰와 지지를 강화시켜주는 요소로 작용하였고 불법과격시위에 대한 경찰의 강경진압의 정당성을 강화시켜주었다. 1984년의 장기간 동안의 대규모 광산 노조의 파업폭등에 대해서 영국경찰이 강력 대응할 수 있었던 것은 이러한 국민적 신뢰구축이 있었기 때문에 가능했던 것이라 생각된다.

나. 美 國

1) 示威 定着過程

1960년대초 남부지역에서 흑인 인권운동으로 시작된 미국의 옥외 집회

는 핵무기실험중단・군비경쟁중지 민권운동 극빈자 구제・월남전 반대 및 징집반대 등과 같은 쟁점들로 확산되었다. 이때의 시위 확산은 국가 권력과 대학권위의 정통성・민주성 및 도덕성 결여에 기인한 것으로 시위형태는 대단히 과격한 양상을 띄였다. 1964년 10월 UC버클리大 사태 및 1965. 봄 미시간大 등 수개 대학에서 Teach-in(타이치 인)집회・1967년의 콜럼비아대학 사태와 1970 켈트대학 사태는 대표적 사례이다.[9)]

이 기간동안 약 233명의 시위참가자들이 사망한 것으로 나타났다 (“Statistical Abstract of the U.S.”, 1973, p.148.). 이러한 수치는 그 당시의 시위가 얼마나 과격하였는가를 말해주고 있다. 그러나 1970년대 중반에 접어들면서 小我主義(the ‘me’ generation)의 등장과 함께 학생운동도 점차 쇠퇴・무관심 속으로 빠져들었다. 이처럼 평화적 시위가 정착하게 된 데는 무엇보다도 월남전의 마감과 과감한 인종차별정책의 폐지・사회복지정책의 확대실시 등 집회원인행위 제거라는 정부와 정치권의 적극적이고 탄력적인 수용을 들 수 있다. 한편 미국민의 합리성・공정성에 기초한 준법문화 전통과 불법 폭력시위에 대한 언론의 단호한 대처 및 공권력의 훈련된 대응에 기인한 바 크다 하겠다.

2) 法 制

직접 집회를 규율하는 통일적인 연방법규는 없으며 各 州의 법률이나 조례에 의해서 특히 옥외 집회를 규제하고 있다 各 州의 법률・조례가 위

9) 콜럼비아대학 사태 당시 학생들은 총장실 점거 장기농성으로 대학은 드디어 공권력 투입을 요청하여 1년동안 학사운영이 완전히 마비되었다. 또 켈트대학 역시 시위 학생의 화염병 투척과 학교 건물에의 방화 등으로 폭동화하여 시위 진압에 무장한 방위군까지 동원되었다. 그 와중에 학생 4명이 사망・수십명이 부상당하는 인명피해를 내는 최악의 사태를 맞기도 했다(The National Advisorry Commission on Civil Disordors, U.S. Riot Commission Report, 1968, pp.18~20; The President Commission on Campus Unrest, 1970, pp.55~56; Drake, "Urban Violence and American Social Movements", 1968, pp.15~26).

헌성문제로 제기된 경우 연방대법원에서 위헌 여부를 판결하고 있다 1941년의 Cox v. New Hampshire 판결은 집회시위의 사전허가제는 合憲임을 최초로 확인하였으며, 그후 1955년 Cox v. Louisiana판례에서도 등 내용이 재확인되었다. 또 집회에 대한 시간·장소·방법상의 제한은 구체적이고 특정적이어야하며, 제한의 필요성이 있어야 하는 등 몇 가지 원칙에 따라서 이뤄져야 한다. 즉 1972년의 Police Department of Chicago v. Mosley 판결과 1980년의 Carey v. Brown 판결은 공공장소에서의 특정 집회·시위의 제한은 위헌임을, 1983년의 Perry Educational Association v. Perry Local Educators' Association 판결에서는 공공광장(Public Forum) 개념의 유형화를, 1983년의 U.S. v. Grace 판결은 연방대법원 건물주위의 보도에서의 피켓팅 금지의 무효를, 1986년의 Fiuzer v. Barry 판결은 외국대사관 500피트 범위내[10]의 외국정부와 그 관리에 대한 公的非難·惡評 등 항의시위 금지를 각 결정하였다.

3) 警察對應

미국의 집회·시위에 대한 허가는 대부분 州경찰위원회나 州감독관(State Superintendent)의 관리감독하에 행사하도록 되어 있다. 1960년대 후반 대학소요사태를 조사한 'The President's Commission on Campus Unrest'[11]는 인적·물적 피해가 심각히 우려되는 상황에서 경찰의 강력하

10) 집회 금지 장소의 입법례로서 워싱턴D.C. 형사법 제9조에 의하면 백악관 의사당 대법원 등 공공건물 주위에서의 집회는 50~500피트(15.24m~152.4m)이내 금지하며 조례 제700조에 의하면 집회의 목적·방법·장소 등을 구체적으로 신고하여 허가를 얻도록 규정하고 있다.

11) 미국 District of Columbia 경찰청은 시위대와 경찰의 충돌이나 시위의 폭력화를 방지하기 위해서 변호사 학생 그리고 전문교육을 받은 전문가들을 관할 구역 내에서 일어나는 시위에 대한 「법률적 옵저버」로 위촉하는 제도를 채택하고 있다. 이들은 ①시위 조정자(March Coordinator) 또는 ②보안관에 준하는 교량역할과, ③평화유지군(Peace-keeper)의 역할로, ④사법적 재판과정에서 책임의 소재를 명백히 밝히는데 기

고 단호한 법 집행을 강조하면서도 경찰진압의 최소화를 우선시해야 한다고 하고 있다. 이를 위해서 경찰은 전문화와 시위대와 간의 효율적인 의사전달체제의 구축・진압과정의 신중한 대응을 제시하였다. 즉 진압전술은 구체적 체포가 아니라 시위대의 조용한 해산유도・불법시위 주동자의 적절한 기회를 이용한 체포 등 시위대에 미치는 역효과의 최소화방지를 강조하고 있다. 또 일부 자치주에서는 집회의 규제를 직접 관장하는 공권력에만 의존할 경우 감정적 충돌 또는 상호 불신에서 오는 폭력의 악순환이 예상되므로 이를 보완하기 위하여 법률적 옵저버제도[12]를 실시하고 있다.

2. 大陸法系 國家

가. 獨 逸

1) 示威定着過程

1965년 Vietnam전쟁 반대시위를 기점으로 시위의 확대를 초래하였다. 또 1967년 이란 팔레비 국왕의 방문 반대시위와 이를 진압하는 과정에서

여한다. 이 제도는 시위대와 공권력간의 불의의 직접적인 충돌을 예방함으로써 공권력 행사의 자제를 (경찰측), 평화적 시위유도를 (시위대측) 각 가능케하는 압력으로 작용할 수 있다. 특히 공권력이 부득이 시위를 진압해야 하는 경우에 공권력의 법집행에 보다 높은 국민적 신뢰를 심어줄 수 있다는 점에서도 유용한 제도라 하겠다.

12) 1970.6.12. Nixon대통령은 교수・정부관리・변호사·언론인 등으로 구성된 '학원소요대책위원회'를 대통령 직속기구로 설치 운영했다. 이는 수개월간에 걸쳐 학생소요의 동기・원인・대책 등을 조사 연방정부에 건의했다. 이 대책위의 보고서에 따르면 소요원인으로 ① 월남전과 이에 대한 미국 젊은이들의 강력한 항의가 공감대를 넓혔고 ② 미국사회에서의 신우익사상의 대두, ③ 학생시위에 일부 불만층 시민들의 호응, ④ 현대 서구사회의 풍요로움에서 생긴 허무・퇴폐의 풍조와 문화구조의 급변에 따른 불만 등이라고 지적하고 있다. 또 이러한 학생데모를 평화적인 것과 과격한 폭력데모로 구분하고, 후자에 대해서는 강경한 조치를 취해야 한다고 건의했다. 또한 전압방법론에서 폭력사태가 발생했을 경우에는 먼저 관할 경찰을 동원하고 그래도 안될 경우에는 州방위군을 출동시켜서라도 학원질서를 최단 시간안에 회복시켜야 한다고 강조했다(치안본부, 미국경찰, 1988.5, 54~55면 참조).

일어난 학생사망 및 학생 지도자 R.Dutrchke의 사망은 옥외 집회를 적극적으로 확산시켜 소위 '院外反對團體'를 결성하게 하였다. 이에 대해 서독정부는 1968년 제17차 기본법 개정법률에 의해서 28개의 기본법 조항을 삽입·개정·폐지시키면서 학생들의 요구조건인 권위주의 구조의 철폐와 참여의 증대 등을 전폭 수용하여 '70년대 초기를 가히 개혁의 시대(Reformszeit)'라고 불릴 정도로 사회 제 분야의 과감한 개혁 정책을 추진하였다. 이에 따라 '70년대에 접어들면서 과격 학생시위는 대중적 지지를 급격히 상실하면서 소수의 테러집단으로 전락하게 되었다. 결국 '80년대부터는 주요쟁점이 녹색운동·평화운동·반핵운동 등으로 전환되면서 일부 시민들이 시위의 주체로 등장하였으며 이들에 의한 시위 역시 대부분 합법적·평화적 시위 양상을 나타내고 있으며 오늘에 이르고 있다.

2) 法 制

독일 헌법은 집회에 관한 허가제나 신고제를 인정하지 않고 있으나 옥외 집회에 대하여는 법률로서 제한할 수 있다(기본법 §8)고 규정하고 있다. 이에 대한 구체적 규제 입법으로서는 '집회 및 시위에 관한 법률(Gesetz der Versammlungen und Aufz ge. 1957.7.24공포)'과 '시위금지구역에 관한 법률(1955.8.6공포)'이 있다. 집시법은 집회 시위에 관한 일반적 규제 원칙을 제1조에서 규정하고, 옥내 집회라 할지라도 금지시키는 구체적 사유를 제5조에 옥내집회의 경우 이유를 명시한 해산사유를 제13조에 각 규정하고 있다. 또 옥외집회에 있어 공고 48시간전 신고주의(§14①), 공공질서나 안전이 직접적으로 위협을 받는 경우 신고에 대한 금지·해산 또는 일정조건부허가(§15①)와 옥외집회에서 질서 유지인을 이용시 경찰의 사전 허가를 받아야(§18②)하는 명예질서유지인(ordnet)제도(§9.§18)를 각 운영하고 있다. 특히 질서유지인은 백색완장을 착용하고(§9①). 시위 참여

자들은 질서유지인의 정당한 명령을 준수해야 하는 의무가 있으며(§10・§19②), 경찰은 질서유지인의 숫자를 요구하고 그를 적절히 제한할 수 있다(§9②). 또 옥외공개 집회에서 방어무기(Schutz-waffen)금지와 불법 복면금지 조항을 삽입하였다. 이는 신분화인이 불가능한 복장이나 복면을 한 사람은 경험 법칙상 현저하게 폭력을 사용한다는 사실에 기초한 것으로 보인다.

3) 警察對應

경찰은 엄격한 법 집행을 강조하면서도 집회의 정도에 따라 그 진압의 강도를 달리하는 신축성을 보여주고 있다. 즉 시위가 폭력화할 때는 강경 진압책을, 평화시위시는 국가의 보호의무 이론에 따라 집회보호에 열중하는 모습을 보이고 있다. 독일은 이미 법적으로 평화적인 집회를 주도하는 체계가 어느 정도 확립되었고 정치적 경제적・사회적인 갈등을 비폭력적으로 해결하려는 집회형태가 정착되었다고 파악된다. 최근의 통계를 보면 전체 옥외 집회 가운데 약 2%정도만이 폭력적인 집회로 전개됐다.[13]

나. 프랑스

프랑스에서 집회의 자유는 현행 헌법에 명문의 규정이 없다. 법률상으로는 1881년 '공공집회에 관한 법률' (Loi sur les reunions publiques)을 제정하여 공공장소에서의 집회 불허용(§6)과 사전 허가나 신고를 필요로 하지 않는 집회의 자유를 보장(§1)하였다. 그러나 1935년 이전에는 옥외집회에 대한 규율이 경찰의 재량에 맡겨져 왔으나 1935년 제정된 '공공질서의

13) 이관희·강태수 우리의 집회·시위제도 발전 방안모색을 위한 각국의 집회 시위제도 비교 고찰, 연구보고서 95-12, 경찰대학치안연구소, 95.12, 31~32면 참조.

강화 내지 유지에 관한 統領'에 의해서 비로소 체계화되었다.[14]

이는 집단시위 행진이나 行列・集合・.一般公道上의 모든 집단행동의 사전 신고주의(§1②)・집단행동전 만 15일에서 만 3일 사이의 신고(§2①)를 규정하면서 공공질서를 문란케 하는 성질의 것일 때는 24시간내 금지 처분을(§3①②)하도록 하고 있다.

금지처분의 기준이 되는 '공공질서를 문란케하는 성질의 것'을 어떻게 파악하느냐에 따라 집단 행동의 자유의 내용이 달라지게 된다. 이 개념은 법적으로 명확하게 정의된 바도 없고 판례도 일반 기준을 제시하지 않았다.

전체적으로 보면 우리나라와 같이 옥외집회는 최대한 보장되어야 하는 헌법상의 기본권의 내용이 아니라 공권력에 의한 규제의 대상으로 파악되는 측면이 강하다고 볼 수 있다.[15]

다. 日 本

1) 示威定着過程

60~70년대 초반까지 심각한 과격・폭력시위를 경험했다. 특히 좌익계열의 학생운동세력이 중심이 된 60년대의 일본 집회는 미일안보조약반대투쟁・나리타공항 건설 반대투쟁 등으로 이어지면서 노동자・농민들의 광범위한 연대투쟁으로 발전하였다. 1968년부터는 全共鬪에 의한 대학 투쟁으로 변모하였다. 60년대의 동경대 사태는 시위학생들의 건물점거와 장기농성으로 학사운영이 완전 마비되자 대학운영임시조치법(1969)과 신도쿄국제공항의 안전보장에 관한 긴급조치법(1978)을 각 제정하면서 경찰도 강제해산작전을 전개했다. 이후 학생운동은 국가 공권력의 강력한 통제에 의해

14) 彬原奉雄, フランスにおける集團行動の自由, 法律時報, 1967, 10면 참조.
15) 이관희·강태수, 전게논문, 56면 참조.

그 세력이 급속히 약화・감소하여 80년대에는 학생시위가 현저히 줄어들었다.

그 결과 90년대에는 천황제호헌운동・원전반대운동・조세저항운동 등 합법적 평화적 양상의 시위만 간헐적으로 전개되었다. 이는 정치안정과 경제성장 공산(사회)주의에 대한 불신과 대학의 대중화가 주요인이었고 공권력의 합법적 공정한 대처・끈질긴 인내 강력한 대응과 폭력시위에 대한 언론의 엄정한 비판도 크게 한 몫을 했다.

2) 法 制

일본 헌법은 집회의 자유를 보장(§21)하고 있으나 公安條例[16][17]로써 이를 규제하고 있다. 공안조례에는 대체로 집회 시위를 하고자할 때에는 공안위원회에 허가 (60개顯중 55개顯에서 시행)를 얻거나 신고(5개顯)하도록 되어있으며 그 신청은 대체로 72시간전(72시간전: 48개顯, 48시간전: 11개顯, 24시간전: 1개顯)에 허가를 얻도록 되어 있다. 허가가 없거나 허가내용 위반시는 경찰서장이 경고하고, 그 행동의 제지나 시정・방지를 위한 조치를 취할 수 있게 하여 집회취소・불법폭력시위 등의 제지 권한을 부여하고 있다. 특히 집회시 확성기 소음 등의 문제를 해결하기 위하여 1988년에 '국회의사당 주변 지역 및 외국공관 등 주변 지역의 평온 유지에 관한 법

16) 公安條例는 지방자치단체가 각기 독립적으로 집회·집단행진·집단시위운동 등을 공안상의 견지에서 규제하기 위하여 제정한 조례의 총칭으로서 형식이 조례라는 점에서 합헌성여부가 문제될 수 있으나 판례는 명시적·묵시적으로 합헌시하고 있다. 공안 조례의 내용은 지자체가 모두 독자적으로 제정하고 있으므로 일률적으로 다루기가 어려운 특징이 있다.

17) 공안조례라고 하는 題名의 조례는 없고 예컨대 동경공안조례라고 부르고 있는 조례의 정식명칭은 '집회 집단행진 및 집단시위 운동에 관한 조례'이다… 이에 대해 일본 최고재판소는 昭和 29년 11월 24에 新潟顯公安條例에 대해서 최초의 합헌 판결을 昭和 35년7.20에는 동경공안조례에 대해 합헌판결을 함으로써 대개 전국공안 조례의 합헌성이 확립되었다… (이관희, 치안경비에 관한 법적 고찰- 일본에서의 치안경비에 관한 판례를 중심으로-, 치안논총 제4집, 경찰대학치안연구소, 1987.12, 11면 참조).

률'을 제정하였으며, 各顯 등에서도 관련조례 제정 시행으로 집회시 소음 공해는 현저하게 감소하였다. 또 東京都의 조례는 Police Line제를, 大板市 조례는 외국 공관이나 정부청사 등에 대한 시위 금지구역을 설정하여 규제하고 있다.

3) 警察의 對應

과격·폭력시위의 진압을 위해 1962년에 기동대를 편성하였으며, 현재까지 지도·운영되고 있으며, 각 경찰서에는 기동대에 근무하였던 경찰관과 시위진압 예비경찰을 편성해 놓고, 비상시에는 시위진압에 동원·대처하고 있다. 60년대의 화염병 시위에 맞서 경찰도 폭력시위 진압에 적극 임하였으나 경찰은 시위대와 경찰쌍방간의 피해를 최소화하는 것을 제1의 목표로 삼았으며 특히 경찰의 자제력(인내)을 강조하였다. 이러한 진압 행태는 여론과 국민적 신뢰를 경찰편으로 돌려놓는데 크게 성공했으며 따라서 불법과격시위에 대한 경찰의 진압에 더 높은 당위성을 부여해주었다.

Ⅲ. 集示法上의 問題點

현행 집회 및 시위에 관한 법률에는 그 시행과정에 있어 평화적인 집회 시위문화의 정착에 부정적으로 작용하는 여러 가지 문제점이 나타나고 있다. 즉 집회신고에 있어서 문제, 신고대로의 집회 불이행으로 인한 경찰력 낭비의 문제, 신고차의 시위용품소지·사용의 문제, 소음·도로점거 등 국민 불편 초래문제. 관공서·종교시설 등에서의 시위인 시위장소 문제, 화염병시위 등 시위방법론의 문제, 폭력시위전력자가 주최자인 경우 등 법 제4조의 문제, 1인 시위와 해상시위 문제 그리고 채증활동 및 NGO참관단

문제 등을 들 수 있겠다. 이를 순서대로 살펴보고자 한다.

1. 集會 申告에 따른 問題

집회 신고와 관련하여 다음과 같은 문제점이 나타나고 있다.

가. 48時間前 申告

시위주최자는 48시간 전에 집회신고서를 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다(법§6①). 이는 집회를 최대한 보장하면서, 제3자인 일반 시민에게 여러 가지 예상상황을 미연에 조치할 수 있도록 함으로써 평화적인 집회를 보장하게끔 시간적 여유를 부여하는 의미를 담고 있다 하겠다. 그러나 개최 48시간 전이라는 기간을 보완통고(§7) 금지통고(§8)와 관련하여 생각하면 그 시일이 너무 촉박하다는 생각이 들지 않을 수 없다.

나. 長期間의 集會申告

집회신고시 한번에 1주일・10일・20일···· 심지어 1년치의 집회신고를 할 경우 이를 제지할 방법이 없다.[18]

---

18) 주한미군 한국인 노조는 내년 7월까지 전국의 주요 미군부대 앞에서 장기간에 걸쳐 집회를 열겠다는 신고를 낸 것으로 밝혀져 시민단체들의 집회를 막기 위한 '위장시위'논란을 불러 일으키고 있다. 전국 주한미군 한국인노동조합은(2001.7.31) '서울·부산·대구·의정부·동두천·파주·평택·왜관·군산 등 전국 11개 도시 14개 미군부대 앞에서 집회를 열기 위해 일제히 집회신고를 냈다'고 밝혔다. 이들은 부산시 부산진구 연지동 미하얄리아부대 앞에서 8.1.부터 내년 7.31.까지 매일 해 뜰때부터 해 질때까지 집회를 하겠다고 신고했다. 다른 지역도 1일부터 5~12개월 집회신고를 했으며… 이 때문에 이들 외엔 아무도 집회를 할 수 없게 됐다. 조합관계자는 사실상 시민단체들의 주한미군 철수 요구집회를 막기 위한 것이라며… 이들의 요구를 결코 순수하게 받아 들일 수 없으며, 설사 불법이 된다 하더라도 미군부대앞 집회를 계속할 것이라고 말했다(한겨레신문, 2001.8.1, 15면 참조).

이 문제는 법상 終期의 규정만 있는 맹점을 이용하여(§10) 악의적으로 경쟁적인 집회를 방해할 목적으로 많이 이용되고 있는 실정이다.

또 법 제8조 2항에 의하면 집회·시위의 장소가 경합되는 2이상의 신고가 있고 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 금지를 통보할 수 있다는 규정은 더욱 장기간의 집회 신고를 부추기고 있으며,[19][20][21] 또 본 조항의(§9②) 任意規定性은 상반된 목적인 동시 집회의 허가로 인한 주최자나 시위자들간 충돌가능성을 규정 자체내에 내포하고 있다 하겠다. 게다가 본 조항을 역으로 살펴보면 경찰은 법을 이용한 어느 일방을 두둔하는 모양이 됨으로써 상대방에게 오해와 비난·불신을 감수할 수 밖에 없는 현실 또한 문제점이다.

---

19) 집회를 막기 위한 '위장집회' 급증: 경제구조조정의 장기화와 집단이기주의의 표출 등에 따라 해마다 집회신고 건수가 급증하고 있는 가운데 지난 해 이후 반대세력의 집회를 막기 위한 장소선점 등 '위장집회'가 크게 늘고 있는 것으로 25일 밝혀졌다. 특히 1주일 이상 장기집회신고의 절반 이상이 위장집회인 것으로 드러났다. 위장집회 신고는 정작 집회를 필요로 하는 당사자들의 권리를 제한하는 것은 물론 불필요한 경찰력 동원에 따른 치안력 낭비의 요인이 되고 있어 집시법 등 관련법규의 보완이 시급한 것으로 지적되고 있다. 경찰청이 최근 국회 행자위소속 한나라당 박○○ 의원에게 제출한 "집회·시위 신고현황"에 따르면 … 특히 2000년 1월부터 올 5월말까지 … 타인이나 다른 단체의 집회개최를 저지하기 위한 대응집회도 757건(14.3%)으로 나타나 위장집회가 1주일 이상인 전체 장기집회 중 절반 이상(51%)을 차지한 것으로 집계됐다(문화일보, 2001.7.25, 31면 참조).

20) 서울 대학로·종로·경찰청 앞 등 각종 집회·시위로 골머리를 앓고 있는 지역의 상인들이 상권방어를 위한 묘안을 짜됐다. 관할 경찰에서 미리 장기 집회신고(2001.7.25.~9.25.)를 하여 해당 지역을 선점해 놓은 것, 그래서 다른 단체의 집회를 원천봉쇄한다는 전략이다… (상인)협의회 임○○(51)회장은 "최근 부적 늘어난 도심시위로 매상이 크게 밀어지는 등 피해가 잇따랐다 …과격해 가는 집회문화를 바로 잡자는 취지도 있다"고 말했다 … 민주노총관계자는 "이런 식의 집회 봉쇄용 사전 신고는 신종 수법"이라며 "반정부 집회를 차단하려는 경찰의 속셈을 의심치 않을 수 없다"고 말했다(중앙일보, 2001.7.12, 사회2면 참조).

21) 집회 신고자가 신고된 대로 집회를 하게 하기 위하여 옥외 집회·시위의 금지시간(법§10) 장소(법§11) 교통소통 목적제한(법§12) 집회시위 주최자의 준수사항(법§14)·자체질서유지인의 준수사항(법§15)·참가자의 준수사항(§16) 등을 각 규정하고 이를 불이행할 경우 벌칙(법§20·§21)에서 그 제재를 가하고 있다.

2. 申告內容 不履行의 問題

집회에 있어 신고・미신고의 차이점은 그 집회의 합법・불법을 판가름하는 중요한 요소의 하나이다 이때 불법집회의 경우에는 그 집회를 못하게 제지하거나, 속히 종료하도록 할 수 있는 권한과 임무가 경찰에게 주어져 있으나, 이와는 반대로 합법집회인 경우에는 그 집회를 최대한 보호하는데 치중하여야 한다. 즉 누구든지 폭행・협박 등의 방법으로 집회 및 시위를 방해치 못하게 하거나(법§3①②③), 신고된 자 외의 특정인・특정단체의 집회 또는 시위의 참가를 배제하거나(법§4). 시민불편을 감수해가면서 까지도 교통통제를 해주고 있으며(§12의 반대해석), 심지어는 경찰관마저도 신고된 집회장소에 함부로 출입할 수 없도록 규정(법§17)하는 등 많은 배려를 하고 있다.

이처럼 집회 시위자를 최대한 보호보장하는 이유는 집회신고는 상호간의 약속이라는 데 기초하고 있는 것이다. 약속은 반드시 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)라는 法諺과 같이 집회신고를 한 사람은 그 신고 내용대로 반드시 지켜야 할 의무를 갖는다[22] 하겠다. 신고된대로 지켜지지 않음으로 인한 상호간의 불신 풍조는 말할 것도 없고 경찰력의 엄청난 낭비를 초래하게 된다. 약속을 무시한 비신사적인 집회・엉터리 집회・낭비적인 집회에 대비하는 경찰력을 선량한 시민의 안녕질서를 위한 생활치안 현장에 활용한다면 보다 나은 고품격・양질의 치안서비스 제공에 진력할 수 있을 것이다.

가. 主體의 僞裝

집회 신고는 A라는 단체로 해놓고 집회 현장에는 엉뚱한 사람들이 대부분 참가한 경우이다. 특히 일부 대학생들・특정노동자 집단 등이 이와 같은 행

22) 조길형, 전게데모의 방법론 - 집회신고는 지켜야할 약속 -. 월간 경찰행정, 98.11월호, 25면

동을 자주 한다. 현행 집시법은 대한민국 국민이면 누구나 공평하게 집회 시위권이 헌법상 보장되어 있으나. 아직도 일부 대학생 등은 자신들의 집회를 정정당당하게 신고하고 몇몇이 자기의 명의로 개최하지 않고 다른 단체에게 신고를 하도록 시킨 후 현장에 와서는 마이크를 쥐고 주도권을 행사한다. 이는 약속의 위반 정도를 벗어난 중대한 기만 행위라고 보아야[23] 할 것이다.

나. 人員의 僞裝

집회 신고시 참가인원 2,000명・실제 참가인원 20명인 경우나, 그 반대의 경우[24]가 종종 발생한다. 전자의 경우는 경찰력의 방비를, 후자의 경우에는 경찰력 운용의 혼선과 복잡을 초래하게 되고 상호간 불신의 골을 깊게 하는 요인이 된다. 이처럼 법적 미비점을 악용한 고의범일 경우 이에 대한 제재의 필요가 있다 하겠다.

다. 集會의 未開催

집회 신고를 마치고 해당일에 집회를 미개최[25]하는 경우에 처음 신고자

---

23) 실제로 2001.7.23. 09:00~10:00간 경기도 과천종합청사 앞 운동장에 인천 연수구 시대아파트 비상대책위원회(위원장 김○○)에서 주민 50여명이 참석·집회를 개최한다며 과천경찰서에 집회신고를 하였으나, 실제 참석한 인원은 650명을 초과한 700여명이 참석한 집회를 개최한 바 있다(2001.7.23. 경기도지방경찰청, 정보상황보고서 참조). 또 2001.1.19 08:00~19:00 경기도 성남시 분당소재 한국통신 본사 앞에서 한국통신계약직노조(위원장 홍○○)가 정리해고 규탄결의대회 참석인원을 1000명으로 신고하였으나 실제로 50여명이 참석한 가운데 집회를 개최한 바 있고, 2001.5.16~28. 5회에 걸쳐 경기도 이천 고려학원 앞에서 민노총 이천 여주(의장 권○○)지부에서는 성실교섭촉구결의 대회를 개최하면서 200여명의 참가예상인원을 신고했으나 실제는 2-10명에 불과했다(경기지방경찰청, 2001 상반기 시위현황보고서 중에서).

24) 경찰청이 국회 국정감사자료로 제출한 '집회현황'에 따르면 유령집회는 99년에는 40.9%, 지난 해는 57.9%, 올해 상반기는 72.4%로 증가세를 보였다. 특히 집회가 가장 많은 서울의 경우 99년 51.8%, 2000년 63.3%, 금년 상반기는 76.8%로 다른 지역보다 높은 것으로 파악했다(동아일보, 2001.9.26, 사회3면)

25) 집회 막기'위장집회' 급증 - 작년이후 장기시위신고절반이 '미개최- 對應用' : …2000

에게 미개최 신고의무를 부과하는 규정이 없어 새로운 문제점이 발생하고 있다. 즉 같은 장소에서 집회를 하고자하는 자의 집회・시위를 방해하고, 이에 대응하는 경찰 치안력의 낭비를 초래하는 결과를 발생시키고 있다. 특히 수개의 장소에 장기간 신고해 놓았다가 주최측 임의대로 특정장소만을 선정하여 집회를 개최하고 여타는 철회통보를 하지 않아 국가기관의 집회 관리를 곤란케하는 경우도 없지 않다.[26][27]

3. 申告된 示威用品의 適法性 問題

시위자들은 자신의 요구 조건을 관철하기 위해 각종 방법과 묘책을 궁리・사용하고 있다. 시위용품에 있어서도 단순한 맨주먹 시위차원을 넘어서 남에게 알리기 위해서, 남에게 들리게 하기 위해서 즘 더 자주적이고 호전적이며 적의에 찬 각종 시위용품을 동원 사용하고 있는 것이다. 그 대표적인 예로는 상여・관・상복 등 신성한 관혼상제용품, 인분 쓰레기・뱀・곤충 등 혐오물품, 화형식용 태극기 특정인(대통령 등 포함)의 초상화(사진) 등 예우물품, 북 장고・꽹과리 등 소음 공해성 물품 , 트럭・경운

년 1월부터 올해 5월말까지 1주일 이상 집회개최를 신고한 장기집회 5,285건 가운데 집회신고를 한 뒤 아예 집회를 개최하지 않은 미개최 집회신고 건수는 1.937건(36.7%)으로 나타났으며…(문화일보, 2001.7.25, 31면 참조).

26) 집회시위 1번지로 꼽히는 서울 여의도 일대를 관할하는 서울 영등포경찰서에 따르면 올 들어 지난 1일까지 신고된 2,023건의 집회 중 실제로 집회가 열린 것은 413건에 불과했다. 79.6%에 달하는 1,610건이 거짓 집회였던 셈이다. 현행 집시법에는 집회신청기간에 대한 제한이 없어 한 달에서 1년까지 미리 집회를 예약한 장기집회도 10여건에 이른다(대한매일, 2001.7.4. 사회 1면 참조).

27) 법 제6조 1항은 옥외 시위 또는 집회를 주최하고자 하는 자는 그 집회신고시에 그 목적·일시·장소 등과 함께 시위방법을 기재하여 관할 경찰서장에게 제출하도록 규정하고 있다. 여기의 시위방법은 집시법 시행령 제2조에 … 2. 차량·확성기·입간판·기타 주장을 표시한 시설물의 이용여부와 그 수 (시행령 2조 2호) 3. 구호제창의 여부를 규정하고 있고, 동시행령 제3조의 2의 2항에 …함성, 구호의 제창, 북·징·꽹과리·확성기의 사용, 사람에게 모욕을 줄 수 있는 구호·낙서·유인물배포, 돌·화염병의 투척 등 폭력행위 기타 방법으로… 또 제3조의 4의 2호에 북·징 등을 나열하여 동시행령 제3조의 2와 거의 동일하게 규정하고 있다.

기·트랙터 등 기능(용도)상의 흉기성물품, 빨간 깃발 등 전투적용품, 복면·마스크 등 신분위장물품, 막걸리·소주 등 폭력유발물품, 계란·페인트 등의 투척용품 등을 들 수 있으며, 그 종류·방법은 더욱 교묘화·지능화·다량 대형화하고 있다. 이에 대하여 현행 집시법은 집회 신고를 할 때 시위용품을 써내도록 규정하고[28] 있다. 일단 신고서에 기재·제출·접수된 시위용품을 사용하는 것은 정당한 집회 행위의 한 부분으로 보고 있다.

그래서 시위대들은 될 수 있는 한 다종 다량의 시위용품을 신고하려 한다. 경찰은 이런 신고에 대하여 접수를 거부한다거나 금지하거나 하는 충분한 법적 근거를 갖지 못하고 있다.[29]

따라서 시위자들은 死體(동물이든 사람이든 간에)가 들어 있는 관을 메고 상여 소리를 내며 행진을 하고, 인분·쓰레기 등을 뿌리며 고약한 냄새를 풍기고, 현직 대통령의 초상화나 우리나라의 태극기를 불태우며 화형식을 하고, 탱크같은 트랙터나 트럭으로 도로를 질주한들 이를 규제할 방법이 전혀 없는 것이다. 단지 법률상은 신고한 시위용품을 이용하여 시위를 하고 있는 것은 신고된 대로 시위를 하는 정당한 행위라는 결론에 도달하게 될 뿐이다.

이런 경우라면 정당한 행위로 인정하고만 있어야 할 것인가하는 문제가 생긴다. 또 집회의 초기단계에서 시위용품 등에 대해 경찰이 경고·검문·압수·수색 등의 활동을 할 수 있는가에 대해서도 법률이 침묵함으로써 압수·수색목적 검문 등의 경우에 경찰권 남용 등 시비가 끊이지 않고 있는 것도 또한 문제이다.

---

28) 집회신고서의 접수거부 근거규정은 없고 다만 옥외집회 시위의 경우에 기재사항에 미비점이 있는 경우에 한하여 시간을 정하여 그 보완을 통고 할 수 있을 뿐이다(법§7①). 또 집회 시위가 목적의 위법성(법§5①), 금지시간 내 집회(법§10), 금지장소의 집회(법§11), 신고서 미비점 보완 불이행(법§7①)과 교통소통목적의 집회 금지(법§12①), 시간과 장소가 경합된 후순위 접수집회(법§8②), 사생활의 평온을 해한 피해자가 시설·장소보호를 요청한 집회(법§8③)인 경우에는 그 집회·시위의 금지·제한을 통고할 수 있으며 법§18에는 일정 조건 하에 경찰서장의 집회·시위의 해산명령권을 기재하고 있을 뿐이다.

29) 2001.3.12. 동아일보 사회1면의 "확성기로 온종일 구호·노래- … 차로점거 거리행진 '집단이기주의' 판친다" 기사 참조.

4. 國民不便 問題[30]

이에는 크게 법의 규정미비로 인한 소음공해 문제와 법이 허용한 교통마비 시위문제로 나눌 수 있겠다.

가. 騷音公害[31]

법 제6조 1항에 근거한 시행령 제2조의 시위방법 각호에 의하면 차량・확성기[32] 구호제창 등을 신고토록 하여 이를 허용하고 있다. 이는

30) 소리의 크기를 데시빌(dB)로 나타내는데 사람이 들을 수 있는 최소의 소리를 0dB로 기준하여 40dB을 넘으면 인체에 영향을 미치기 시작하여. 60dB은 수면장애, 80dB 이상이면 胃운동이 40%감축하고, 胃수축 강도도 약해진다. 60dB~70dB에서 말초혈관 수축현상이, 90dB에서는 모세혈관의 저항이 두 배가 되어 심장박출에 부담이 되고 그 이상이면 감각세포가 파괴되어 소음성 난청이 생길 수 있다. 대체로 70dB은 잔디깎는 기계 트럭소리인데 그 이상이면 주거지역으로 부적합하다.

구 분	40dB	60dB	80dB	100dB	120dB	140dB
비 유	사람대화 시계째깍 소리	세탁기 전화벨 소리	교통체증시 소음	혼잡한 지하철 공사장소음	목공연장소리, 비행기 이륙소음	제트기엔진 소음
인체영향	독서집중이 안됨	짜증 수면곤란	입맛이 없다 (胃운동감소)	심계항진	고막이 찢어질 정도	
	말초신경 수축		소음성 난청 발현가능			

31) 집회・시위시 '확성기 소음'의 규제에 있어 소음·진동규제법 제23조 및 동법시행규칙 제29조의 2의 규정에 의한 생활소음, 진동규제 대상으로 볼 수 없는 바 본법의 규제는 사업장 공사장 등에서 발생하는 소음·진동을 규제대상으로 하며 확성기가 이동 소음원 규제지역에서 소음을 발생시킬 때는 소음·진동규제법에 의한 이동 소음으로 볼 수 있으나 집시법에서 확성기 사용을 인정하여 시위 중 적법하게 사용하는 확성기를 소음·진동규제법에 의한 규제대상으로 보아 이를 규제한다는 것은 서로 모순된 행정조치이다(환경부, 집회・시위시 발생하는 소음의 규제조치에 관한 의견회신(생공 67307-98), 1998.3.10).

32) 97.8.~99.7. 서울 동대문구 전농3동 철거민 20~30명이 동대문구청 앞에서 확성기 소음을 계속내자 이의 제한을 위한 가처분신청이 이뤄졌고, 이에 대해 서울지법 북부지원은 확성기 소음을 '소음진동규제법'상의 생활소음으로 보아 확성기 사용시간·소음의 정도 등에 비추어 보호의 필요성이 인정된다며 확성기 사용금지가처분 결정을 내린 적이 있었다(99카 합685사건).

집회시위의 성격상 필수적으로 운용이 됨에는 틀림이 없다. 그러나 이같은 소리·구호 등 聲고문이 그 질과 양·첫수·시간·장소 등에 있어 선량한 제3자(병원주변 집회시 환자나 임산부의 피해호소. 도서관주변 집회시 학습권 침해의 학생·학부모의 민원 등)또는 상대방에게 업무방해와 사생활 침해 등 민원을 야기하여도 이에 대한 직접적인 제재규정이 없다.[33] [34] [35] [36] [37]

따라서 일단 신고된 집회인 경우에는 시위대가 무제한의 소음공해를 발생한다해도 법이 합법적으로 보장하고 있으므로 공권력은 무한대로 인내해야만 하는 기현상이 나타나고 있다.

나. 交通痲痺

1) 交通規律 規定의 矛盾性

법 제12조①(교통소통을 위한 제한)을 보면 대통령령으로 정하는 주요도시의 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여[38] 교통소통을 위하여 필요하다

---

33) 98.8.13~9.20 영남사건조작대책위 주최로 부산구치소 앞에서 7회의 집회·시위를 개최하면서 확성기·북·꽹과리 소리 등으로 기준치를 초과하는 시위소음에 대하여 관할 검찰청에서는 소음·진동규제법으로 단속할 수 없다고 지휘하였다.

34) 다만 경범 제1조 26호(인근소란 등, 범칙금 3만원)를 적용할 수 있겠으나 큰 의미를 부여하기가 어렵다.

35) 1949년의 Kovacs v. Cooper사건에서는 시위대가 시위의 효과를 위하여 Sound truck(방송차·선전차)을 이용한 것은 시위의 목적 달성의 범위를 넘어 지나치게 시끄러울 뿐만 아니라 듣기를 원치 않는 사람들도 들어야 하므로 규제대상이 될 수 있다고 판시하였다.

36) 조선일보도 2001.7.2. 사설(공해없는 시위)에서 "… 확성기 시위 규제조항을 명문화하고 벌칙도 강화할 필요는 있을 것이다"라고 밝히고 있다.

37) 집시법 시행령§8①의 별표('99.10.20. 개정)에 전국 주요도시·주요도로의 始點·경유지·終點을 각 기술하고 있다.

38) 도로·공원 등 공공장소에서 행하는 집회 및 시위는 일반인의 도로 공원이용의 자유와 충돌할 가능성이 있으며 동일한 장소에서의 여러 집회로 인한 혼란이 야기될 가능성도 없지 아니하다. 그러므로 집회 및 시위의 자유는 공익이나 타인의 기본권과 조화를 이

고 인정할 때는 이를 금지하거나 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다라고 규정하면서 동조 제②항에는 질서유지인을 두고 행진하는 경우에는 금지를 할 수 없다고 함으로써 상호 모순점을 내포하고 있다. 왜냐하면 행진을 포함하는 대부분의 집회는 질서유지인을 선정한다고 신고시에 명시함으로써 사실상 본 §12①은 유명무실한 조항이 되어 버리기 때문이다.

2) 道路行進・占據

법 시행령 제2조 (시위방법)에는 시위대형 … 진로(출발지・경유지・중간행사지・도착지 등)・약도(시위행진의 방향을 도면으로 표시한 것)・차도 보도・교차로의 통행방법・기타 시위와 관련된 모든 사항을 집회 신고시에 기재 신고하면 합법적인 시위로서 공권력의 적극적인 보호를 받게 된다.

시위대가 도로를 종일 점거하겠다고 한다든가, 전차선을 통행하겠다고 신고하여 일단 접수증을 교부 받기만하면 이같은 행동은 적법한 행동으로서 헌법이 보장한 국민의 집회・결사의 자유를 향유할 수가 있게 된다.

주요도시・주요 도로상에서의 시위제한도 질서유지인을 둔 경우에는 유명무실화 되고마는(법§12②) 형국에 하물며 그 외의 도시 도로에서의 차로 행진・점거나, 경우에 따라서는 全車路 行進・終日占據 등의 행위도 질서유지인을 두기만하면 적법 그리고 또 적법하다 하겠다. 과연 국민 대다수인 공공의 안녕질서가 우선하는지? 시위참가자인 한정된 소수인원의 집시권이 우선하는지가 불분명하게 된다.

뤄야 한다(권영성, 신판 헌법학원론, 법문사, 2001. 492면 참조).

3) 週末・公休日의 都心大規模 集會[39]

시위자들은 주의력 유도를 위해 주말・공휴일에 도심 한복판에서의 집회를 개최하는 경우가 많다. 이로 인한 교통은 혼잡하여 각종 차량사고・정체현상・차량의 경적소리・운전자 및 통행인 간의 야유 등으로 뒤범벅이 되어 모처럼의 주말 공휴일이 엉망이 되어 버린다.

소수의 시위권(헌법§21)을 보장하기 위해 다수시민이 향유하는 장소이전권(헌법§14), 주거의 평온권(헌법§16)・매출감소로 인한 재산권(헌법§23)[40]과 행복추구권(헌법§10)이 박탈・희생되는 모순이 생긴다.

5. 示威場所問題

현행 집시법은 80년대 후반 복잡・무질서했던 집회・시위자체를 신고토록 유도하여 합법화시킨 다음 그 합법을 명분으로 그를 보호(솔직히 통제라는 표현이 더 정확하다 하겠다)하기 위하여 만든 측면이 매우 강하고, 규제에 대해서는 극히 제한적으로 규정해 놓고 있다. 이런 결과 개인의 사생활보호와 관공서 등의 公業務보호 측면에 대해서는 소홀하게 다뤄지고 있는 것이 사실이고, 학내・종교시설내 시위에 대해서는 본법 적용가능여부에 대해서 시비거리가 되고 있다.

---

39) 서울시와 종로구는 지난 달(2001.3.31) 민주노총의 민중대회때 3시간 동안의 교통혼잡으로 인한 비용이 17억 1.780만원·공공시설 훼손 2,537만원 등 모두 17억 4,317만원이 손실됐다고 주장했다. 시위 한차례에 17억원의 사회적 비용이 발생했다는 주장이다. 시관계자들은 이날 집회로 인한 차량 속도저하를 측정 연료소모액(5,850만원)등을 근거로 제시했다. 종로구청 관계자는 "빈발하는 시위로 종로3·4가, 인의·봉익·묘·돈의동 주변 상가 3,900여곳의 매출이 적게는 10%에서 30% 가량 줄었다"고 말했다 …지난 해 종묘 및 주변지역에서 3일에 한번 이상 128차례의 시위가 열려 14만명이 참가했고, 올 3월말까지는 23차례 2만여명이 시위를 벌인 것으로 집계됐다(대한매일, 2001.4.17, 24면 참조).

40) 서울 종로1~4가는 잘못된 노사문화로 멍들어 가는 현장이다. 이곳에서 장사를 하는 영세상인들은 매일 아침 교통방송을 듣는 일로 하루 장사를 시작한다. …집회나 시위가 있으면 그날은 장사를 망치는 날이기 때문이다 …"종로일대 상인중 80%가 부동산중개소에 가게를 내놓았지만 나가지를 않는다"고 했다(조선일보, 2001.6.16, 사회 1면 참조).

가. 所爲 '안방示威' 問題

집시법 제11조에는 집회 및 시위가 금지되는 장소에 대하여 규정하고 있다. 따라서 신고자가 위 조항 外의 장소에서 시위를 하겠다고 고집할 경우에 이를 막을 방법이 없다.

최악의 경우에는 개인의 안방마저도 집회시위 장소로서 신고를 접수할 수 밖에 없는 지경에 이르게 된다.[41]

문제는 이와 같이 거의 무제한적으로 인정되는 집회시위의 권리가 단순한 집회신고만으로 철저히 보장된다는 데 있다.

나. 公的 業務의 妨害 問題

일단 접수된 집회신고는 법 제5조를 위반한 경우 외에는 별다른 제재방법이 없다.

따라서 신고된 시위대가 관공서나 공공기관을 항의 방문한다거나 대기업장에서 점거・농성을 하여도 또 그럼으로써 공무집행이나 업무방해가 발생하여도 이를 달리 처벌할 수 없게 된다.

선의인 제3자의 공무집행 내지 업무가 정당하게 보호되어야[42] 할 필요가 있다 하겠다.

---

41) "시위때문에 장사 못해 … 단병호씨 퇴거시켜 달라" 상인들 명동성당에 공문(조선일보, 2001.7. 29면 참조).

42) 물론 법 제8조3항에 "제16조1항의 신고서에 기재된 장소가 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소인 경우 그 거주자 또는 관리자가 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청한 때에는 집회 또는 시위의 규제·제한을 통고 할 수 있다"고 규정하고 있으나 이는 거주자 등의 보호 요청이 있을 때에 한하여 금지 제한이 가능하며 또 민원인들은 이런 방법을 잘 수용하려 않는다 시위 신고접수시 경찰이 사전에 피해가능 여부를 파악 후 접수치 않고서, 접수 후에서야 피해자에게 요청하라. 민사상으로 집회시위금지 가처분을 신청하라는 등 복잡한 일을 행하게 한다하여 거부할 것이 뻔하기 때문이다. 즉 경찰에게 사전에 피해여부의 판단권이 있지 않음으로 인한 문제에 귀착한다.

다. 所爲 '聖域示威' 問題

현행 집시법상 시위장소는 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소로 국한하여 동 장소에서의 시위만을 본법상의 시위로 인정하고 있다(법§2②). 따라서 대학구내 종교시설의 경내·회사구내 등 소위 '성역'에서의 시위와 해상이나 공중에서 선박·비행기 등으로 시위하는 경우에는 본법을 적용할 수 없게 되는 문제가 발생한다(해상시위에 대해서는 본장 본Ⅲ-9에서 후술하고자 함)

6. 示威方法의 問題

시위라는 것이 본래 다른 사람들에게 자신들의 입장을 알려 지지를 구하거나 사회문제화를 시켜 정책결정권자에게 관심을 촉구하는 목적으로 행하는 것이기 때문에 시위대들은 자꾸 그리고 좀 더 자극적인 행동을 하여 언론에 크게 그리고 장기간 보도되도록 하는 것을 최고의 목표로 삼는다.

그러기에 비상한 관심을 끌 수 있도록 이상한 행동을 하거나 과격한 행위를 하는 것이다. 이러다보니 시위대의 특이한 행동은 점점 발달하게 되고, 그 빈도도 갈수록 높아지고 있어 이제는 어지간한 것으로는 사람들의 관심을 끌지 못하는 실정이 되었다.[43]

즉 시위대는 더욱 자극적이고 극렬해지면서 영웅적·포퓰리즘

43) 과천 정부종합청사 앞 잔디밭이 시위로 몸살을 앓고 있다. …하루가 멀다하고 벌어지는 시위로 인한 확성기소음에 이웃학교는 수업이 불가능할 정도인데 대규모집회가 열릴 때면 교통통제로 인한 교통체증이 주민들을 괴롭히고 있다. …올해 들어 8월말까지 243일 동안…· 모두 216회의 집회가 열렸으며, 500명 이상이 참여한 대규모 집회도 21차례 열리는 등 과천청사 앞을 다녀간 집회인원만 5만여명에 이른다. …확성기를 통해 노조간부들의 우렁찬 목소리가 반경 1km밖에서도 또렷이 들렸다. …매일 열리는 시위 때문에 4살배기 딸아이는 노이로제 증세마저 보인다. …확성기 소음에 수업이 불가능할 정도라며 "가뜩이나 예민한 고3 수험생들이 가장 걱정"이라고 말했다. …"지난 해와 비교해 소규모·릴레이 시위가 이슈화하는 데는 도움이 될지 몰라도 문제해결에는 큰 도움을 주지 못하는 것 같다"며 시위자제를 촉구했다(경인일보, 2001.9.10. 23면 참조).

(populism)化 되고 있는 것이다. 통상 시위중 발생할 수 있는 영웅적・포퓰리즘적 행위로는 다음과 같은 것을 들 수 있겠다.

가. 生命 擔保型 示威

자신의 신체를 담보로 시위함으로써 시위목적을 극대화하려는 반사회적 시위행태가 있다. 즉 할복・투신자살・분신 등 죽음시위, 단식투쟁・신체훼손・절단 등 自傷시위 등이 있다.

나. 犯罪誘發型 示威[44]

범죄를 유발함으로씨 법질서를 문란케하는 형태의 시위가 빈번하다. 즉 상대방 등에 대한 폭(욕)설・생트집잡기・침뱉기・눈에 흙뿌리기 등 인신공격 내지 언어 폭력형 시위, 술취한 흥분상태를 이용한 음주시위, 차선점거・차량통행 방해 등 교통방해시위, 장대・가스통・칼・쇠막대 등을 휴대한 무장시위, 경적・북・장고・꽹과리 등을 사용한 소음시위, 특정인의 비난(판)・모략 등의 음해성 시위 등이 있다.

다. 威脅型 示威

상대방에게 비신사적인 방법으로 공포감을 유발시켜 시위목적을 달성하려는 불순한 시위 형태가 있다. 즉 고가도로(다리)・고공크레인 등 이용 고공시위, 유해물질 유해가스 등을 휴대・사용한 위험물 시위, 경운기 등 농기계・덤프트럭 등을 이용한 차량시위 등이 있다.

---

44) 조길형, 전게데모의 방법론 -죽음의 제전-, 월간경찰행정, 99.1월호, 14면.

라 嫌惡感 誘發型 示威

인간의 수치심이나 혐오감정을 유발케하는 저급시위 형태가 있다. 즉 뱀·벌레 곤충 등 동식물 이용시위, 인분·쓰레기 오수 등을 이용한 오염물질시위, (반)나체·성이용 등 수치심유발시위, 관·상여·소복 미이라복장·장송곡 등 신성한 제례를 이용한 관혼상제형 시위, 해골·사체 등 불손한 대상을 이용한 괴기(그림)시위 등이 있다.

마. 其他의 示威形態

이에는 자신을 떳떳이 드러내지 못하고 가면·복면·마스크 등을 사용하는 신분위장형 시위, 머리카락 삭발 등 전투태세형 시위, 어깨동무 후 땅바닥에 드러눕는 고착형 시위[45] 등이 있다. 이같은 바람직스럽지 못한 시위형태가 과연 공공 안녕질서에 아무런 영향을 미치지 않는 합당한 시위인가?를 심각하게 검토해 볼 필요가 있다.

7. 示威參加者의 問題

가. 暴力示威 前歷者의 集會 參加 問題

법 제4조에 의하면 집회 또는 시위의 주최자 및 질서 유지인은 특정인이나 특정 단체가 집회 또는 시위에 참가하는 것을 배제할 수 있다. 그리고 주최자 또는 질서유지인이 이에 따라 참가를 배제하였음에도 불구하고 그 집회 또는 시위에 참가하는 자는 처벌된다(법§21③)고 규정하고 있다.

45) 시위대에 매 맞는 한국공권력, 불법엔 가차없는 싱가포르정부(조선일보, 2001.6.18, 사회 3면 참조).

그런데 집회의 주최자 자신이 폭력적인 집회전력이 있는 경우에 그 집회 개최를 금지할 수 있다는 직접규정이 없다. 또 폭력시위의 전력이 있는 집회 참가자에 대하여 주최자가 참가배제를 요구하는 것도 임의적인 것에 불과하다("…할 수 있다": 법§4). 즉 주최자는 폭력시위 전력자에 대한 참가 배제를 요구하지 않아도 무방하고, 이 경우 명백한 폭력시위의 위험성이 있는 폭력시위의 전력자라 할지라도 그를 예방적으로 집회에서 배제시킬 수 없게 된다. 이처럼 폭력시위의 전력이 있거나 폭력시위를 할 것이 명백한 단체[46][47] 등이 집회를 개최하거나 참가하여서 폭력시위가 발생함으로써 실제로 일반시민의 불편에도 불구하고 이를 통제할 수 있는 법적 장치가 없다는 것이 문제로써 제기된다.[48][49]

나. 所爲 "꾼" 들의 示威 問題

진정한 민원인이 시위의 주체가 되고, 민원과 무관한 제3자나 이를 이용하려는 자들을 가려낼 필요가 있다. 즉 시위나 투쟁 전력 전과를 고려하여

---

46) 2001.4.10 인천 대우자동차 부평공장앞 시위시 16:03경 경찰이 납치된 경찰(전의경9, 경찰3) 구출 및 해산작전을 하려고 접근하자 시위를 주도하던 박○○ 변호사가 먼저 상의를 벗으며 "상의를 벗고 드러누워라… 오늘 죽을 각오를 해라"며 선동, 100여명이 상의를 벗고 도로에 드러누웠음(전게 경찰심의회보, 대우자동차 「4.10상황」 관련보고, 33면 참조).

47) 대법원은 1998.7.28선고 98도1395사건에서 "…제5기 한총련도 범국가 단체인 북한공산집단의 활동을 찬양 고무하며 이에 동조하는 행위를 목적으로 하는 단체이고 피고인은 국가의 존립안전이나 자유 민주적 기본질서를 위태롭게한다는 점을 알면서도 제5기 한총련 의장으로서 이를 구성하였다고 판단되는 바… 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 …위법이 있다고 할 수 없다.…"고 판시하여 한총련의 利敵性을 확인하였다.

48) 서울지법 서부지원 형사1부(한○○ 부장판사)도 2001.8.30. "…9기 한총련이 강령을 바꿨다해도(4월 대의원 대회에서 기존의 연방제 통일강령을 8·15남북공동선언으로 바꾼 바 있음) 조직의 체계나 활동내용 등 본질적인 면이 바뀌기 전에는 여전히 이적단체이고, 이런 사실은 15일 평양에서 벌어진 통일대축전 사태를 통해 드러났다"고 판시하였다(경기일보, 2001.8.31, 31면참조).

49) 손동권, 평화적 집회 및 시위문화의 정착, 한국경찰학회, 2000년도 하계 학술세미나 자료집, 2000.6. 23면.

정계진출을 위해 시위를 이용한다든가, 대화와 타협보다는 투쟁만을 강조하는 전문 시위꾼인지, 소위 '운동권'[50] 학생인지, 시위에 동원된 용병 시위꾼인지, ○○운동가(단체)등 소위 NGO지칭 시위꾼[51]인지 등을 구별해 냄으로써 진정한 민원인의 시위자들을 소위 '꾼'으로부터 보호할 필요가 있다.

시위와 무관한 제3자나 위 열거한 자들까지도 법이 보호하는 적법한 시위로 볼 수 있는가? 법이 그들을 보호할 의무가 있는가? 또 그들마저도 민원과 무관한 집회 시위의 권리를 갖는가?라는 점을 검토해 볼 필요가 있다.

8. 1人示威 問題

시위문화의 새로운 형태로써 소위 '1인 시위(나 홀로 시위)'가 유행처럼 번지고 있다. '사전신고·허가'라는 절차도 없고 '외국대사관·국회 100m이내 집회금지' 규정을 적용받지 않는 이른바 '자유형 시위'이다. 이는 집시법 제한규정을 피하면서[52] 주변 피해도 주지 않는 저비용·고효율의 새로운 시위문화의 하나로 자리잡아 갈 것이 확실하다.[53]

---

50) 폭력시위는 합법적으로 보장을 받을 수 없다는 것은 미국에 있어서는 독립된 판례(Cox v. Louisiana379 U.S.536(1965), Pritchard v. Downie,326 F.2d. 323(1964) 등)이다. 표현의 자유가 보장되어 있는 미국에서도 비폭력적 시위조차 일정한 한계안에서만 인정된다는 점을 인식해야만 한다(이재홍, 시위의 자유의 범위와 한계(上)-미국대법원 판례를 중심으로-, 인권과 정의, 90.5(165호), 84면 참조).

51) 소위 운동권 학생은 이미 학생이 아니다 학생신분을 가장하고 직업적 혁명꾼들이라는 사실을 직시하고… 공권력이 적극적으로 개입해야 한다… 준엄한 법의 심판이 따라야 한다… 사회 모든 분야에서 비난받는 풍토가 조성되어야 한다(장석권, "학생들의 폭력시위는 근절돼야 한다", 4·19혁명 39주년기념 97학술 심포지엄자료집, 1997.7.23, 한국일보사 강당, 29~30면 참조).

52) 경제정의실천연합 이○○ 사무총장은 2001.8.7 경찰대학에서의 시민운동가들이 정치권에 대한 감시자 역할을 하다가 그 감시대상에 합류하는 변신은 누가 보아도 시민운동의 정치적 중립성을 의심케 만든다(문화일보, 2001.8.8, 사설, 6면 참조). 현재 시민운동은 초법화경향·관료화·권력기관과 연대를 통한 획일주의와 센세이셔널리즘·무오류 등의 자만에 빠져있다고 공개 비판했다(문화일보, 2001.8.7, 3면 참조).

그러나 릴레이식[54][55] 1인 시위에 대해서는 논란의 소지가 있다.[56]

즉 집시법(§2)의 제한규정을 피한 1인 시위의 연장이냐 아니면 1인씩 교대하는 집시법상의 다수인 시위의 변형이냐로 대립된다.

9. 海上示威의 問題

최근 사회 각계 각층의 민주화 요구 등에 편승하여 어민들이 연안국토개발에 따른 어업권보상・해양오염사고의 피해보상・조업구역 확장 및 조업시기 연장 등의 소기의 목적을 관철하기 위하여 해상시위농성이 자주 발생하고[57] 있는 실정이다.

---

53) 현행 집시법 제2조2항은 '시위'라 함은 다수인이 공동목적을 갖고 …加하는 행위를 말한다고 규정함으로써 1인 시위는 본법 적용외의 새로운 형태의 시위방법이다. 1인 시위는 최초로 참여연대가 2000.12.4. 국세청 앞에서 삼성그룹의 상속세 미추징에 대한 항의 표시로(www.outsamsung.org)시작한 이래 실천불교소속 스님이 SOFA개정 촉구를 위해 2001.3.8. 13:00미대사관 정문 앞에서(디지털법보, 2001.3.14. 595호). 달라이라마 방한촉구를 위한 불자가 중국대사관 앞에서(wwww.pubpo.com). 민주노총 조합원이 미이라 복장으로 광화문 앞에서(한겨레신문, 2001.6.27, 사회1면), 참여연대에서 국회속기록 및 녹음기록 작성을 요구하며 청와대 앞에서(동아일보와 한국일보, 2001.6.27, 사회1면), 환경운동연합회원이 새만금간척사업 중단을 요구하면서 광화문 이순신 장군 동상 위에서(경향신문 조선일보·2001.6.29.)와 난지도 골프장백지화 시민연대가 서울시청 앞에서, 남북공동선언 실천연대가 김○○ 전대통령집 앞에서, 민주화유가족협의회원이 서울시청 앞에서 박○○기념관 반대시위를 각 벌이는 등 갈수록 나홀로 시위가 늘어나고 있다.

54) 문화일보, -새로운문화 '1인 시위' -, 2001.7.19, 29면 참조.

55) 삼성그룹 상속세 추징요구의 국세청 앞 1인 시위는 2000.12.4.~2001.4.16.까지 108명이 동참하여 79일간이나 지속되었고, 신문개혁 국민행동은 국회의사당 앞에서 2001.6.5~2001.6.29.까지 166개 시민단체회원들이 교대로 3주간에 걸쳐 시위를 가졌다.

56) 참여연대・경실련・민주사회를 위한 변호사모임 등 50여개 인권・시민 사회단체인사들은 서울 여의도 국회의사당에서 레미콘노동자 기본권보장을 위한 100일 위원회 결성식을 갖고 1인 릴레이 단식에 들어갔다 이들은 앞으로 100일동안 국회의사당에서 매일 릴레이 단식을 벌일 예정이다(한겨레신문, 2001.7.28, 사회2면 참조)

57) 종로경찰서 정○○ 서장은 2001.5.23. "릴레이 1인 시위 등 변형된 1인 시위는 위법"이라며 집시법을 적용해 이를 불허할 것이라고 밝혀… "몇 분 간격으로 시위자를 교대하는 1인 릴레이 시위, 20m간격의 인간띠 잇기 시위 등 변형된 1인 시위는 분명히 위법"이라고 주장했다. "이러한 시위는 시위중인 1인 뿐만 아니라 다수가 집회개최라는 공동목적을 갖고 연락이 용이한 시간에 지리적으르 인접한 장소에서 릴레이식 또는 띠를

그러나 현행 집시법은 해상에서의 집회와 시위에 관해서는 명문규정이 없는 데다가 타 법률에서 조차도 일체 언급이 없는 관계로 해상에서의 시위를 육상시위를 규율하는 현 집시법에 적용할 수 없는 문제점이 발생한다.[58][59]

그렇다고 시위의 목적과 대상이 사회통념상 정당하고 평화적인 경우

1. 법제처의 입장 ① 1차회시내용(90.11.19. 법제처기획02102-24호)

해상에서의 집회 및 시위에 관하여도 집시법 제6조1항의 규정이 적용된다고 할 것이다. 이유는 우선 해상집회는 그것이 주변 공중에 영향을 미친다든지 하는 경우외에는 동법 제1조 1항의 옥외 집회로서 사전신고에 관한 동법 제6조1항을 적용하기 어렵다고 생각되기 때문이다. ② 2차 회시내용(92.9.24. 법제처기획02102-357호); 해상에서의 시위가 집시법의 적용대상이 되는지 여부는 등 장소가 '공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소'인가 여부에 달려 있다 할 것이다. 동장소에서의 통행은 선박 항공기 등을 소유한 자가 개항 질서법·하천법·유선 및 도선 사업법 항공법 등에 따른 신고 또는 허가를 뜻하고 항로를 따라 운행토록 되어 있는 점 등을 고려할 때 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소로 볼 수 없어 위 해상시위 등도 집시법에 의한 옥외집회 및 시위의 신고등(법§6①)의 적용대상이 아니다.

두르는 방식으로 행하기 때문에 2인 이상의 집회가 분명하다"고 말했다. 이에 대해 참여연대 장○○ 변호사는"…집회 및 시민의 자유, 더 나아가 표현의 자유라는 헌법에서 보장하고 있는 국민의 기본권과 연관된 문제를 일선 경찰서장이 유권해석하는 것은 부적절하다" …정○○ 서장은 인접한 거리·연락이 용이한 시간 등을 이유로 변형된 1인 시위를 집회라고 규정하고 있다. 이는 집회개념을 지나치게 확대해 유추해석 하는 것" 이라고 지적했다(사이버참여연대, 변형된 1인 시위는 위법?, 2001.5.24. 기사 참조, http:/peoplepower21.org).

58) 해상시위는 '97년 7건 313척-915명, '98년 8건 465척-2.379명, '99년 3건 305척-1,849명, 2000년 1건 70척-120명이 각각 참석하였다(2001.6말 현재 발생건수가 없음). 위 기간동안 발생 원인별로는 어업권보장이 12건 1.684명, 어업피해보상이 1건에 1.294명, 불법어업단속 완화나 불법 어업단속 요구 및 일정항로 보장이 6건에 2.285명으로 집계되었다(해양경찰청 자료제공).

59) 해상에서의 집시법 적용여부(법제처, 경찰청, 해양경찰청의 입장)

2. 경찰청의 입장

현행집시법상 시위장소는 도로 광장・공원등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소로 국한하여 동장소에서의 시위만을 집시법상의 시위로 인정・적용하고 있으므로 해상에서의 시위는 본법적용외라는 입장이다.

3. 해양경찰청의 입장

집시법 개정안을 자체적으로 마련한 바도 있지만 외국의 사례가 구체적으로 검토되지 않은 상황에서 내부적으로 의견이 일치되지 않아 계속 여러 가지 방안을 모색하고 있는 중이다.

그 해상시위를 제한・처벌할 수도 또 그 집회신고를 접수하거나 거부할 수도 없는 딜레마에 빠지게 된다.

지금까지는 해상시위로 인한 범법행위[60]에 대하여 경찰에서는 집단행동을 자제토록 설득・해산시키고 주모자 등 위법사항이 인정되는 자에 대해서는 교통방해죄 등 관련 형사법과 개항질서법 등 특별법에 의해 처리하고 있다.[61]

그러나 앞으로는 해상 집단행동이 발발할 경우에 대비한 법적・제도적 장치의 필요성이 있다고 하겠다.

10 .其 他

가. 採 活動問題

최근 불법・폭력시위가 계속되고 있어 이를 근절하기 위한 반증자료 확

60) 헌법재판소의 조규광·변정수 재판관은 옥외집회나 시위의 개념에는 '공중이 자유로이 통행할 수 있는 곳'이라는 장소적 제한개념이 내포되어 있어야 한다고 주장한다(91헌바14, 헌법재판소 판례집, 제6권1집, 281면 참조).

61) 해상시위로 인한 주요범법행위 유형

보를 위해 채증의 비중이 더욱 높아져 가고 있는 실정이다.

채증은 형사소송법 제216조 3항(영장에 의하지 아니하는 강제처분)이나 경찰관 직무집행법제2조(직무의 범위 : 치안정보의 수집·작성·배포), 채증활동 규칙(경찰청예규 제125조) 등에 의해 활동을 하고 있으나 이에 대한 구체적이고 명확한 법적근거와 판례가 없는 실정이다.[62]

특히 합법적인 집회시위 상황에서의 채증활동은 법률적 근거가 미약해 한총련 학생 및 재야 단체들로부터 초상권침해의 논란이 제기되었던 것이 현실이다.[63]

또 최신장비의 도입과 함께 캠코더 등 비디오촬영의 현장 채증활동이 증대되고 있는 상황에서 촬영대상자의 동의없는 증거능력 등도 문제가 되고 있다.

따라서 폭력시위는 물론 모든 시위 상황에서 채증이 가능하도록 명문화하여 초상권침해 등의 논란을 없애는 것이 바람직하다고 하겠다.

나. 示威 參觀團 問題

집회나 시위는 자칫 격앙된 분위기 속에서 치러지기 때문에 우발적인 폭력사태로 번질개연성이 내재해 있는게 사실이다. 경찰 역시 자체 교양에도 불구하고 시위현장에서의 장기간대기·각종 야유 시위대 폭행 등에 흥분되

62) ①항만 봉쇄행위, ②시위로 인한 해상교통 방해, ③시위참가 선박의 무면허 해기사고용행위, ④해상시위를 위한 불법 출항, ⑤시위참가 선박에 최대탑재인원초과, ⑥저지 경비함정에 고의 충돌 및 위험물 투척(화염병 등). ⑦해상에 유해물질투기, ⑧시위용 선박이 항계내 각종 항로 표지에 계류하거나 오손 등, ⑨해상시위로 해상공사 방해행위, ⑩시위를 위하여 항계내에서 기적·싸이렌을 울리는 행위, ⑪타인에 대한 폭력행사나 기물파손행위, ⑫시위를 위한 선박내 들 등 위험물 적재행위, ⑬총포·도검·화약류 적재 및 소지 행위, ⑭진압경찰관의 제지·압수 등 공무집행 방해행위 ⑮집단의 위력을 이용한 어로 통제 불응 행위 등

63) 해상범법집회 및 시위관련 단속 법규 ①형법, ②화염병 사용 등의 처벌에 관한 법률, ③개항질서법, ④선박안전법, ⑤선박직원법, ⑥수산업법 등

기 쉽고, 결국엔 상호 충돌로 이어져 안전사고 등 변수가 발생하게 된다.

이같은 흥분을 자제하고 건전시위문화정착에 기여하기 위해서는 NGO 등으로 구성된 소위 '시위 참관단'을 운영함으로써[64] 집회(시위대)와 진압(경찰측)의 대립된 목적을 가진 상호를 감시할 필요가 있다.

실제로 2001.4.12. 경기 군포 소재 한세대학교 500여 학생들이 학내 분규로 '한세대 민주화를 위한 가두행진'의 5구간 행진시 경찰은 시위현장에 녹색어머니회원 등 시민참관단 10여명을 참관토록 했다. 이들 참관단들이 객관적인 시각에서 시위대와 경찰양측의 행위를 관찰하고[65] 시위대의 불법폭력행위와 경찰의 과잉진압이 있었는지에 대해 점검토록 했다. 경찰과 시위대는 '시민참관단이 보고 있다는 생각에서 과격한 행동은 할 수 없었다'고 말했다.[66]

이럼에도 불구하고 시위현장에 상호감시자인 NGO등 시민참관단 등의 출입근거가 없어서 논란의 소지가 있다.[67]

---

64) 현재 합법적이고 평화적인 집회·시위상황에서의 채증활동근거로 경찰법 제3조(경찰의 임무:치안정보의수집), 경찰관 직무집행법 제12조3호(치안정보의수집·작성·배포)와 채증활동규칙(경찰청 예규제125호) 등을 들고 있는데 경찰법 제3조와 경찰관 직무집행법 제2조3호는 경찰정보활동에 대한 일반적인 사항을 규정해 놓은 것으로 그 구체성이 결여되어 직접적인 채증의 근거법규가 되기 어렵다고 보며 채증활동규칙 제8조(중점채증대상)에 집회시위상화의 全景. 단계적 진행상황 등 합법적 시위에 대한 채증 대상을 구체적으로 명시하고 있으나 이는 경찰청예규로서 행정규칙에 불과해 법률적 근거로는 미약하다고 본다.

65) 2001.5.1. 민주노총이 서울역 광장에서 25,000명을 동원한 노동절 시위에서 경찰이 60여명의 비디오촬영팀과 100여명의 필름사진팀을 가동한데 대해 민주노총측은 "경찰이 집회현장에 나올때는 정복을 입고 주최측에 그 사실을 알려줘야 한다… 사복경찰관에 의한 비디오와 사진촬영은 직권남용이자 집회방해"라고 주장했다, "비디오 채증활동이 효과를 못본 듯하지만 앞으로 집회현장에서 채증을 둘러싼 또다른 폭력사태가 우려된다"고 말했다(동아일보. 폭력시위 비디오가 바꿀까 -이슈추적- : 평화시위 파수꾼등장, 2001.5.3, 29면 참조).

66) 경기지방경찰청(청장:치안감 금동준)은 2001.3.20 지방청 회의실에서 도내 NGO대표 15명이 참석한 가운데 '민주적 법치질서 확립을 위한 시민단체·경찰 협력 위원회'를 갖고, 이들이 도내에서 벌어지는 대규모 극렬시위 현장에서 참관인 자격으로 참석 건전시위문화정착을 위해 시위대와 경찰모두를 감시할 것을 협의하였다(경인일보, 2001.3.21, 4면 참조).

67) 인터넷 생중계를 통해 시위 전과정을 지켜본 시민은 (참관단 등) 비디오영상은 만약

즉 일정한 조건하의 경찰관의 출입(법§17)·기자의 출입(법§4)외에는 특정인·특정단체의 참가를 배제할 수 있도록 법 제4조에 규정하고 있음에 유의할 필요가 있다.

Ⅳ. 改善 方案

이상에서 제기한 평화적 집회 시위문화의 정착에 부정적인 면으로 작용하는 현행 집시법상의 문제점에 대한 구체적 개선방안을 검토하고자 한다.

1. 集會 申告 規定의 補完

가. 申告時間의 緩和

신고된 집회의 보완 통보(§7), 금지·제한 통보(§8)는 반드시 서면으로 송달하도록 명시하고 있어 사실상 접수 후 48시간내 이를 이행하기가 어려운 경우가 생길 수 있다. 즉 신고 접수증을 교부받고서 8시간 이내에 12시간을 기한으로 (§7①) 신고사항을 보완토록 통고한다면 원거리 거주 신고자(지방거주자들의 상경집회나 신고 후 장기출장 등), 보완에 시일이 걸리는 내용 등의 경우에는 48시간전 신고로는 매우 다급하게 된다. 이는 결국 집회저지 목적의 보완통보라는 등 비난을 받을 소지가 있다. 따라서 48시간전 신고를 최소한 72시간전 신고 내지 그 이상으로 완화할 필요가 있다. 이렇게 함으로써 시위주최측이나 경찰 모두는 충분한 시간적 여유를 갖고 신고 내용을 검토·대응할 수 있을 것이다.

있을지도 모르는 폭력사태의 책임여부를 가릴 때도 중요하겠지만 폭력자체를 사전에 억제하는 효과도 있다.

실제 1973.3.12. 공포된 집시법 1차개정시(법률 제2592호)에는 72시간전 신고제를 2차개정시(법률 제2648호. 1973.12.20공포)까지 도입·운용한 바 있다. 또 일본은 72시간전 신고제, 영국은 행진시 최소한 6일전 신고(Public Order Act§11), 프랑스는 집단행동전 만 15일에서 만 3일 사이에(Loi sur reunions publiques§2①) 신고하도록 각 융통성있는 여유 규정을 두고 있다.

나. 集會 期間의 制限

1) 集會期間의 立法化

현행 집시법에는 하루 중 집회 및 시위를 개최할 수 있는 時間帶에 대해서만 규정(§6:주간집회)하고 있을뿐 개최가능기간에 대해서는 침묵하고 있다. 결국 기간 규정의 불비가 장기집회를 가능케하고 있는 것이다.

따라서 실제 개최하지도 않을 장기집회를 방지하면서 경찰력 행정력 등의 낭비를 막기 위해서라도 실제로 개최할 수 있는 집회 可能日數 등 기간을 입법화할 필요가 있다.[68]

또는 신고규정(§6)을 보완하여 신고는 1일 집회를 원칙으로 하면서 집회 개최결과에 따라 - 폭력성 등 불법성이 없을 시는- 몇 회까지 자동으로 혹은 간단한 신고에 따라 연장될 수 있도록 하는 방안도 악의적인 장기집회 방지차원에서 검토해 보아야 한다.

2) 後順位者의 集會權 保障

또 후순위 신고자의 집회 금지 통보 규정(§8②)도 수정되어야 할 것이

68) 중부일보, 2001.4.13, 사회 1면 참조.

다. 즉 선순위 신고자의 무한정한 장기 집회를 방지하기 위해서는 선순위 신고자에게 신고 초일만은 우선 집회할 수 있는 초일 우선권을 주고 - 신고 초일부터 2~3일까지라도 검토해 볼 필요가 있다. - 나머지 기간에 대해서는 후순위 신고자와 하루씩 교대로 집회를 개최하게 하면서 기술한 바와 같이 최대 허용기간을 병기하는 방향으로의 입법화가 절실하다. 이렇게 함으로써 선순위 신고자의 위장집회 방지 및 후순위 신고자의 집회 시위권 보장에도 합당하고 또 경찰에 대한 오해·비난(전Ⅲ-1-가의 집회신고에 따른 문제중 '장기간의 집회신고'의 내용 참조)도 불식할 수 있다고 생각된다.

2. 申告內容 不履行에 대한 制裁 講究

가. 僞裝 申告에 대한 制裁

신고주최와 집회개최 주체간에 아무런 공통점이 없다든가, 전문 시위꾼들의 시위로 변모한다든가, 인원의 현저한 변동이 있는 경우에는 이들 신고주최자를 처벌하는 입법대책이 필요하다. 특히 주체의 위장의 경우에 집회참가자에게는 미신고 집회의 책임도 물어야 할 것이다. 왜냐하면 신고주최측과 시위 참가자와는 전혀 다른 개체임으로 미신고의 책임이 있다. 이처럼 신고 주최자에게 책임을 부과함으로써 신고된대로 집회를 개최하게 하는 등 법규준수 노력을 강제할 수 있기 때문이다.

나. 未開催에 대한 制裁

집회 신고후 無開催 내지 未開催한 부분에 대해서는[69] 우선 신고자로

69) 한나라당 이○○ 의원은 2001.9.10. 18:00~20:30 부산지방경찰청 국정감사에서 "부산경

하여금 取消申告를 의무화할 필요가 있다. 이때의 취소신고도 개최신고때와 같이 시간적 여유를 갖고 취소신고 최대기간(개최신고시)과 최소한의 기간(하루전 혹은 12시간전)등 始期와 終期를 둠으로써 後順位(집회시위개최) 신고자의 집회권을 보장하도록 해야 할 것이다. 따라서 취소신고없이 무개최 내지 미개최일수의 도과시는 처벌하는 규정을 신설해야 할 것이다.[70]

이렇게 함으로씨 누구나 무분별하고 무책임한 집회가 아닌, 꼭 필요한 사람만의, 필요한 기간의 책임있는 집회를 보장하는 결과를 가져올 것이다

3. 示威用品의 範圍制眼

가. 可用示威用品의 範圍設定

기술한 바와 같은 다종다양한 시위용품(Ⅲ-3 참조)이라도 일단 모두 신고하였다면 무질서나 공공의 위험을 야기하거나. 선량한 시민의 정신건강에도 불유쾌한 그리고 용법상의 흉기로 돌변할 수 있는 물품에 대해서까지도 법이 적법성을 보장해야하는 결론에 이르게 된다. 따라서 가용시위용품에 대한 선별 및 이를 위한 보완 입법이 필요하다. 즉 집시법상의 주최자 및 참가자의 준수사항(§14④, §16)을 보완하고 위반시 경찰서장의 해산명령권(§18)에도 포함시켜 합법집회가 되도록 유도하여야 할 것이다.

찰청 공권력남용과 과잉진압시비를 줄이기 위해 시민경찰봉사대를 시위현장에 배치한 것은 경찰을 위해 시민을 동원했다는 의혹을 받을 수 밖에 없는데 시민경찰 봉사대의 구체적인 역할과 법적 근거를 밝혀라"고 질의하여 근거규정 문제를 제기한 바도 있다(경찰청, 2001 부산경찰청 국감수감 결과보고서, 2001.9.10).

70) 손동권 교수는 장기간 집회신고에 있어서 "입법대책으로 집시법 제6조에 집회신고는 집회 개최 x일(7일내지 10일 사이 정도로 하면 될 것임) 전부터(始期規定) 48시간전(終期規定)에 하도록 하고, 신고시 집회기간은 집회시위 개최일로부터 7일 이내로 한하면서 신고한 집회시위가 종료한 후에 재차 신고할 수 있도록 새로이 규정하면 될 것이다"라고 주장하고 있다(손동권, 전게 세미나자료집, 21~22면 참조).

나. 申告接受拒否規定 등의 新設

위와 같이 가용시위용품의 범위가 입법으로 보완되었다고 할 때 이를 충족치 못하는 집회신고를 접수거부하거나 (신설) 시위용품의 보완 내지 대체를 통고할 수 있는(의 보완) 규정(처벌규정포함)을 입법화할 필요가 있다. 이는 불법폭력시위로 번질 가능성을 사전에 차단하고 시위로 인한 선의의 제3자를 보호하면서, 신고자의 평화적인 시위권을 적극 보장하는 데 크게 기여할 것으로 생각된다.

다. 檢問・押收 등 危害防止 規定 新設

금지 집회에 참가하려는 사람들을 규제한다는 측면[71] 뿐만 아니라 평화적인 집회의 방해를 예방한다는 측면에서도 경찰관의 위해방지 규정의 신설이 요구된다. 즉 금지 집회 참가자를 규제함으로써 공공의 안녕 질서에 대한 위해를 예방하고, 다른 한편으로는 누구나 평화적인 집회를 방해하거나 문란하게 하여서는 아니되기 때문이다. 이때 주최자는 집회가 방해될 염려가 있을 때에는 관할 경찰서장에게 통고하여 보호를 요청할 수 있다(법§3). 독일은 이미 통일 경찰법 초안에 검문소 설치・신분확인・수색・압수 등의 예방적 경찰수권조항을 두고 各州의 경찰법이 이를 도입하고 있는 추세이다. 우리나라는 집시법뿐만 아니라 경찰법・경찰관직무집행법에서도 집회의 사전적 단계에서의 개별적 수권 조항이 없기 때문에 시급히 법률적 보완이 이뤄져서 인권시비・월권시비 등이 사라져야 할 것이다. 현실적으로 금지된 집회에 무기 등을 소지한 잠재적 참여자는 공공의 안녕 질서를 위하여 규제되어야 하는데 명확한 법적 근거[72]가 없다. 입법으

---

71) 손동권, 상게 자료집, 22면.

72) 한나라당의 권○○ 의원은 2001.9.10. 18:00~20:30간 부산지방경찰청 국정감사에서 "… 집회신고만하고 집회를 하지 않는 유령집회가 (부산에서만) 99년 114건, 2000년 199건,

로 해결해서 시위의 사전단계에서부터 위해를 방지토록 함으로써 평화적인 시위가 이뤄지도록 함과 동시에 또 경찰권의 남용시비가 불식되도록 실질적 뒷받침이 있어야 할 것이다.

4. 國民不便 最小化를 위한 法改定

가. 騷音의 規制

소음 진동규제법이 집회시위현장에서의 소음에 대해서 적용 될 수 없다는 환경부의 견해가 어느 정도 설득력이 있어 보인다 또 이에 대한 마땅한 대체 적용법률이 없는 현실과 소음으로부터 시달리는 선의의 제3자를 보호하기 위해서는 집시법에 근거규정을 신설하는 것이[73] 타당하겠다.

다만 그 규정형태는 소음 때문에 집회자체가 금지되는 형태가 아닌 소음의 허용범위 문제 정도로 한정되어야 할 것이다. 즉 법 제14조의 주최자의 준수사항에 구체적으로 명기한다든가, 소음진동규제법의 예에 따른다든가 하는 형식이 무방할 것이다.[74]

나. 交通規定의 是正

올해는 6월말 현재까지 95건으로 대폭 증가하는 추세인데 유령집회를 방지하기 위한 청장의 견해를 밝혀라"고 질의하기도 하였다(경찰청, '2001부산지방청 국감수감결과보고', 2001.9.10.). 또 한나라당 정○○ 의원도 2001.9.17 18:30~21:30간 경기지방경찰청 국정감사에서 "… 집회신고 후 미개최 집회건수를 물으면서 미개최 집회에 대한 경찰대책은 무엇이냐"고 질의하였다(경찰청, '2001경기지방청 국감수감결과 보고', 2001.9.17.).

73) 민주노총에서는 2001.7.9. 집행부가 은신중인 명동성당의 출입자에 대한 경찰의 검문검색을 불법으로 규정, 이에 대한 대응(거부)지침을 마련하여 산하 연맹에 하달하였다. 즉 경찰에게 불심검문의 목적을 묻고 합리적인 이유를 대지 못하면 검문을 거부할 것·임의 동행과 소지품검사요구를 거부할 것 등이다(경찰청. 검문검색 관련 특별지시(경찰청 경일63400-1673), 2001.7.12. 및 7.11. 민주노총에서 배부한 '불심검문에 대한 대응지침' 참조).

74) 이관회·강태수, 전게논문, 26~27면.

기술한 바와 같은 법 제12조 자체내의 모순점을 해결하기 위해서는 동조 제2항(집단행진을 사실상 무조건 허용해야 한다는 취지의 조항)을 삭제하여야 할 것이다. 그리고 행진도 집회·시위와 구분없이 교통소통을 위한 금지와 조건제한의 선택적 대상이 되도록 하여야 할 것이다.[75]

또 법§12①의 …주요도시·주요도로의 집회 또는 시위에 관하여…의 규정된 '주요'의 수식어도 삭제하여 비록 소규모 도시·소규모 도로일 망정 행진·점거 등으로 공공의 안녕질서가 침해·위협받는다면 금지·제한할 수 있도록 해야할 것이다.

다. 都心 大規模 集會의 委員會 審査制 導入

주말·공휴일의 도심권 대규모 집회의 제한에 대해서는 그 폐해에도 불구하고 찬반양론이 있을 수 있겠다. 즉 경찰과 선량한 다수의 시민은 반대[76]를, 시위주최측 및 그 지지자·참가자들은 극력 찬성할 것이다. 결국 동집회의 성격이 공공의 안녕질서 파괴와 시민불편의 초래 등을 고려해 볼 때 주말 공휴일 등 도심권 대규모 집회에 대해서는 NGO등 민간인과 저명인사(대학교수·법관) 및 유관기관(행정기관·경찰·시위신고자 등)으로 구성된, 아니면 시위신고자와 경찰을 제외한 순수한 제3자로 구성된 일명 '시위개최 심사위원회'제를 도입 구성·심사후 개최여부를 결정해 보는 것도 시위의 객관성·합법성 보장에도 크게 일조할 것으로 생각된다.

지금까지 대규모 집회 시위의 일방적 신고·일방적(경찰의) 결정 등으로 개최·운영되어 왔음에 비춰볼 때 크게 합리적이고 공감받는 제도로 보인다.

앞에서 기술하였듯 외국의 경우에도 많은 통제장치가 있음을 볼 수 있

---

75) 同旨, 손동권, 전게자료집. 27면. :황순일, "집회시위에 관한 법률 개선에 관한 연구". 고관논문집 제16집, 경찰대학, 1981. 1, 47면.

76) 황순일, 상게논문, 49면.

다. 즉 영국의 「공공질서법」(Public Order Act)은 “어떤 개인 또는 단체의 견해나 행동에 대해 지지 또는 반대를 나타내고자 하는 경우”와 “어떤 주의나 운동을 선전하고자 하는 경우에 공공행진을 하고자 하는 자와 단체는 최소 6일 전에 관계 당국에 행진 일자 시간 · 예정된 경로 등을 서면으로 통지하여야 한다”(제11조)고 규정하면서 고위경찰관은 공공행진의 개최와 관련하여 심각한 대중적 혼란이나 재산에 대한 심각한 폐해 또는 사회의 심각한 위해를 초래할 수 있다고 판단되는 경우에는 일정한 조건을 부과하거나, 공공장소 안으로 진입하는 것을 금지할 수 있도록 하였다(제12조). 이 법은 고위경찰관이 행진이나 심각한 혼란의 반발을 막을 수 없는 특정한 상황이 관내에 존재한다고 판단되는 경우에는 지역구(경찰)위원회에 요청하여 언제라도 최고 3개월 이하 동안 공공행진을 못하도록 할 수 있다(제13조).

또 프랑스의 경우 모든 집단 시위 · 행진이나 행렬 및 집합 일반 公道상의 모든 집단 행동은 사전에 신고하지 않으면 아니되며 신고를 받은 행정청은 당해 집단행동이 공공질서를 문란케 하는 성질의 것이라고 판단했을 때는 금지의 처분을 하도록 하여야 한다고 규정하고 있다.

일본 역시 공안조례에서 집회 · 시위를 하고자 할 때는 공안위원회에 허가를 얻거나 신고를 하여야 하며, 이 때 공안 위원회는 공공의 안녕질서를 유지하는 데에 직접 위험을 미친다고 명백히 인정되는 경우에는 허가하지 않을 수 있으며 필요한 경우 교통 질서유지 진로 · 장소 등의 조건을 붙일 수 있도록 하고 있다.

5. 示威場所 問題의 補完

가. 私生活 不可侵과의 調和

현행 집시법은 개인의 안방 시위 내지는 집 앞 마당시위까지도 보장함으로써 신성불가침한 개인의 사생활·사유재산권이 침해되는 부분에 대해서는 소홀히 하고 있다. 따라서 개인의 사생활과 시위권의 적절한 보장을 위해서는 법규의 보완이 필요하다.

즉 법 제8조 3항의 신고 장소가… 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지·제한을 통고할 수 있다. …는 현행 규정 중 '시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는'의 미온적·소극적 규정을 '거주자 또는 관리자의 서면(사용권 내지는 점용권 등) 동의가 없을 때는'으로 개정해야 할 것이다.[77]

이렇게 함으로써 소유주(관리자) 몰래 또는 개인의 안방에서 - 극한적 표현이지만 - 개최되는 무분별하고 무책임한 집회·시위를 방지할 수 있다고 본다.

나. 公的 業務의 保護

시위권이 선의의 제3자인 다수의 공적 업무수행권까지 침해하여 국민불편을 초래하고 있지만 이에 대해서는 법 제11조에 매우 소극으로 규정하고 있다. 즉 동조 각호에 열거된 특정기관만의 공적 업무를 보호하는데 그치고 있을 뿐 공적 업무에 대한 일반적 적극적 보호규정으로 보기는 어렵

77) 정부도 2001.7.1 주민불편과 피해를 고려·집시법 개정을 통해 대형 앰프 등 확성기 사용을 금지하고 사용시간을 제한하는 것을 검토중이라고 밝혔다(2001.7.2. 대한매일, 사회 1면 및 조선일보. 각 사회 2면 참조).

다. 따라서 이에 대한 입법적 보완이 필요하다.[78]

국민생활과 직결된 공적 업무 처리기관의 범위를 본 조에 확대・포함시켜 보호하는 방안도 검토해야 한다.

다 示威 可能 場所의 範圍 擴大

법상 시위가 가능한 장소는 공공이 자유로이 통행할 수 있는 지상으로 국한하고 있다(법§2). 이는 본법 제정당시 시위가 주로 육지의 도로・공원・광장 등에서 대부분 발생했던 것에 기인한 것으로 보인다. 그러나 시대의 변천에 따라 시위도 육지의 대학구내[79]・회사구내・종교시설의 경내는 물론 공중・해상 등을 가리지 않고 발생하고 있다. 따라서 시위가 발행할 수 있는 가능 장소의 범위를 확대・개정함으로써 입법의 불비로 인한 불벌의 사례가 없도록 해야 할 것이다.

6. 示威禁止의 範圍 補完

시위 방법의 문제로 인하여 해산을 명할 수 있는 규정(법§18)은 크게 법 제5조 1항 2호(집단적인 폭행・협박・손괴・방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회)와 제1조 4항 3호(신고한 목적・일시・장소 방법 등 그 범위를 현저히 일탈하는 행위)가 있다.

그러나 시위의 행태가 갈수록 과격화・폭력화・교묘지능화・특이화・영

78) 경찰은 대학로·서울역 광장 종묘공원 등 서울 도심 주요지역에서의 대규모집회를 앞으로 금지 또는 제한하는 방안을 적극 검토하고 있다고 23일 밝혔다. 이팔호 서울경찰청장은 23일 기자 간담회에서 "23일 민주노총의 종묘공원 대규모집회(1,200명)와 거리행진 과정(30여분간)에서 도로를 점거하는 등 불법 폭력시위가 재현돼 시민들에게 큰 불편(극심한 교통체증 등)을 줬다"고 말했다(동아일보, 2001.7.24. 27면 참조). 도로점거… 화염병, 공권력은 무기력(세계일보, 2001.6.19, 49면 참조).

79) 사유토지나 건물에서의 시위는 원칙적으로 금지된다(Breard v. Alexandria, 1951).

웅화해 짐에 따라 시위방법을 지도하는 위 두 규정의 내용과 범위를 - 법규나 시행령 등에 - 수정 보완할 필요가 있다. 즉 기술한 생명담보형 시위·범죄유발형 시위 등 반사회적·비윤리적 행태의 시위에 대한 제재로 건전 시위문화를 가꿔나가야 할 것이다. 독일은 1989년 집시법을 개정하면서 옥외공개 집회에서의 防禦武器[80](schutz waffen)금지와 함께 복면 금지 조항을 규정한 법 제173조를 삽입하였다. 이는 신분확인이 불가능한 복장이나 복면을 한 사람은 경험칙상 현저하게 폭력을 사용한다는 사실에 기인한 것이다.[81]

또 최초에는 평화적으로 개최된 집회라도 군중심리에 의해서 또는 조직적인 소수의 조종으로 주최자의 의도와는 달리 집회가 폭력화될 위험성도 있다. 우리 집시법은 이에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 법적 공백상태에 있다.[82]

역시 본 규정(§18)의 해산명령의 범위에 포함·보완할 필요가 있다. 독일도 집시법 제13조 1항 2호에서 이에 관한 명문조항을 두고 있다. 즉, 집회가 폭력적 또는 선동적이거나 참가자의 생명과 건강에 대한 직접적 위험이 있는 경우에 경찰은 집회를 해산시킬 수 있다.

---

80) 공공재산에서의 시위가 공공기관의 업무를 상당한 정도를 넘어 방해하거나 일반인이 공공재산을 이용하는 권리를 그러한 정도로 빼앗는다면 규제대상이라고 볼 수 있다(이재홍. 전게논문, 86면).

81) 헌법재판소는 대학구내에서의 집회를 옥외집회로 결정한 바 있다(전게 헌법재판소 판례집, 281면 이하 참조). 그러나 옥외 집회결정은 참가자와 비참가자 사이의 실질적인 접촉가능성의 여부를 도외시했다는 점에서 위헌의 소지가 있음을 지적하는 견해도 있다(이관희·강태수, 전게논문, 86면).

82) 방어용 무기는 그 목적이나 형태와 구조적 특성상 본래 상대방 무기로부터 신체를 보호하는데 사용되는 철모·전투경찰의 보호갑 등이다. 이외에도 객관적으로 방어용 무기와 같은 목적을 달성할 수 있고 주관적으로 소지자가 공권력의 집행조치를 방비하기 위하여 지참하는 대상(예: 오토바이 헬멧 등)은 이에 포함된다고 본다. (BT-Drucks, 10/3580, 8.4.).

7. 暴力示威[83]에 대한 制裁 親定 補强

가. 主催側의 豫防 責任强化

1) 合法示威 履行 覺書 提出의 義務化

주최자(또는 주관자)가 화염병 각목 등의 휴대를 촉구한다든가, 폭력혁명을 선동한다면 법 제5조 1항 2호(집단적 폭행・협박・손괴・방화 등으로 인하여 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위)에 해당되며 그 집회는 금지될 수 있을 것이다. 그러나 주최자 자신이 폭력적인 집회 시위 전력이 있는 경우에[84] 그 집회는 상황에 따라서는 폭력시위로 변질될 가능성을 자체내 어느 정도 내포(잠재)하고 있다고 보여짐으로 그 시위 주최자에게 평화시위 합법시위 이행각서 제출을 의무화(불이행시 제재)해야 할 것이다.

2) 暴力示威 前歷者의 義務的 參加 排除

폭력적 집회 전력이 있는 자에 의한 집회 개최 내지 집회 참가로 인한 폭력시위가 될 것이 명백하다면 그들에 의한 집회 개최(내지 참가)는 예방적으로 금지 내지 제한되어야 한다(§법5①). 그런데 문제는 어떤 조건・어떤 상황・어떤 경우가 폭력시위에 대한 명백하고 현존하는 위험성이 존재

83) 물론 복면이나 분장을 한 사람들은 집회가 곧 고도의 폭력성을 드러내는 것은 아니다. 시위참가로 인한 불이익 예방 AIDS환자나 동성연애자들의 집회・언어로 표현할 수 없는 의사표현이나 언어보다 강력한 심리적 효과를 노리기 위한 반핵시위자들의 해골 복면도 가능하다. 그래서 일반적인 복면 금지조항은 위헌으로 파악되었고 17a조3항에서 공공의 안녕이나 질서에 대한 위헌이 없는 때에는 예외를 허용할 수 있다고 규정하였다(이관희・정태수, 전게논문, 35면 참조).

84) 이관희·정태수, 상게논문, 35면.

한다고 볼 것인가에 있다. 이는 시위 주최자·참가자의 폭력시위 전력·시위용품과 사용구호 등 그 당시의 제반 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다. 또 일부 참가자의 경우에 명백하고 현존하는 폭력시위의 위험성이 있는 전력자가 있는 경우에는 주최자로 하여금 그들의 참가배제를 의무적으로 요구하도록 하고(强行規定化) 이를 (주최자가) 위반시는 일정한 불이익을 가하는 내용의 입법개선이 이뤄져야 한다.[85]

3) 暴力示威考 不利益 檢討[86]

화염병 시위 등 폭력시위자는 물론 그 시위 주최자에 대해서도 형사처벌(양벌규정)과 함께 민사상의 손해배상청구도 병행하는 것을 검토해 볼 필요가 있다. 또 극렬 폭력시위자의 신원을 확인하여 그로 인한 처벌자의 명단을 공개하고,[87] 경우에 따라서는 공직 등 그 취업에 있어 불이익을 가하는 방안도 신중히 검토해 볼 만하다.

나. 示威'꾼'들의 參加 排除

시위의 주최자 내지 참가자외 기술한(Ⅲ-7-가) 제3자나 소위 시위꾼들

85) 집회시위는 평화적·비폭력적·비무장이라야 한다. … 또한 집회 및 시위는 헌법질서(verfa ssungsmßige Ordnung) 타인의 권리 (Die Rechte Andere), 도덕률(Sittensetz) 등에 위배되지 않아야 한다(권영성, 전게서, 492면. :강경근, 헌법학, 법문사, 1998, 769면: 김계환, 헌법학정해, 박영사, 1997.3. 626면 참조).

86) 주최자·참가자(단체 포함)등의 폭력적 집회 전력이 있었다는 이유 하나만으로는 법 제5조 1항 2호를 원용할 수는 없을 것이다. 단순한 폭력시위의 장래적 가능성만 가지고 헌법상의 기본권이 부정될 수는 없기 때문이다.

87) 주최자의 참가배제 요구에도 이를 거부하고 참가한 폭력시위의 전력자에 대해서는 법 제21조 3호에 의한 형사처벌(6월 이하 징역, 50만원 이하의 벌금 구류·과료)이 가능하다. 그러나 폭력시위로 변질되었을 경우 주최측이 참가배제를 요구하지 않았을 때는 경찰이 폭력시위 참가자의 체포 등 강제조치 내지 강제적 참가 배제를 할 수 없게 되는 규정 내 모순이 있다.

을 민원과 무관한 시위로부터 배제・격리시킬 필요가 있다. 즉 주최자는 뜬 들을 시위의 초기단계에서부터 배제하도록 의무적으로 요구하여야 하고 불이행시 주최자 및 꾼들을 처벌하는 입법개정이 이뤄져야 할 것이다. 물론 주최자의 참가배제 요구에 불응한 꾼들은 미신고 집회자(내지 참가자)로서 처벌되는 풍토가 조성되어야 할 것이다.

이렇게 함으로써 시위주최자는 제3의 참가자나 이를 이용하려는 불순집단을 격리 배제함과 동시에 국가는 신고된 집회는 신고된대로 보다 철저히 보호・보장함으로써 폭력시위로의 변질 가능성을 사전에 차단하게 된다.

8. 變形된 1人 示威의 立法的 解決

원래 시위란 법 제2조2호에서도 정의하고 있듯이 “다수인이 공동 목적을 가지고…”행하는 집단 행동이다. 여기의 다수인은 2인 이상설・3인 이상설[88]이 있지만 아무튼 1인에 의한 행동은 이에 포함되지 않음은 분명하다. 그러나 1인에 의한 시위가 현실적으로 발생하는 사실을 직시, 이제는 시위를 다수인에 의해 이뤄지는 집단행동이라는 개념도 재검토해 볼 필요가 있다. 또 1인 시위의 형태를 유지하면서 다수인에 의해 계속적으로 교대가 되는 릴레이식 1인 시위에 대해서도 입법적 해결이 있어야 할 것이다. 즉 집회의사를 가진 다수인에 의한 변형된 형태의 1인 시위에 대해서 법 집행과정에서 논란이 되고 있다.

---

88) 정부는 2001.4.9. 서울 중앙청사에서 이한동 국무총리 주재로 재경부・교육인적자원부1 법무부・행자부・노동부장관 등이 참석 ‘과격 불법시위 관련 장관회의’에서 화염병시위 전력자의 공직 채용 제한 명단공개 및 기업도 참여유도 등을 결정했다. 즉 …관련 법률을 개정해 ① 집회시위현장에서 신원확인을 할 수 없는 복면 착용을 금지하고, ② 집회 신고시 평화적 집회를 약속하는 각서 제출을 의무화하며, ③ 화염병사용자의 형량을 대폭 강화하고 그 처벌자의 명단도 공개키로 했다. 이와 함께 화염병시위 빈발 대학에 대한 정부의 행정적 재정적 지원을 차별화하고 화염병시위 전력자에 대해 학사 징계가 가능하도록 학칙 개정을 추진해 나가기로 했다.… 이같은 강경조치는 2월부터 노동계 시위현장에서 화염병이 재등장하면서 무고한 인명과 재산피해는 물론 국가경제와 신인도에도 악영향을 주고 있다는 판단에 따른 것이다(동아일보, 3001.4.7, 사회 1면 참조).

아울러 1인 시위를 함에 있어 불안감·혐오감을 주는 등 평화시위의 틀을 깨는 1인 시위(미이라 복장 차림의 1인 시위[89]·동상 위의 1인 플래카드 시위·고가도로나 고공 크레인상의 고공시위·나체시위 등)의 경우에도 제재를 가함으로써 건전한 시위문화가 정착될 수 있도록 하여야 할 것이다.

또 법 제11조와 관련하여 1인 시위의 가능여부를 검토해 볼 필요가 있다. 즉 외교관계에 관한 비엔나 협약 제22조 2항에 의하면 "접수국은 어떠한 침입이나 손해에 대해서도 공관지역을 보호하며 공관 안녕의 교란 및 품위손상을 방지하기 위하여 모든 적절한 조치를 취할 특별한 의무(special duty)를 진다"고 규정하고 있다. 또한 동협약 제29조에 따르면 "외교관에 대하여 접수국은 상당한 경의로써 대우하여야 하며 또한 그의 신체적 자유 또는 품위에 대한 여하한 훼손에 대하여도 이를 방지하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 한다"고 규정하고 있다. 이를 볼 때 과연 100m 이내에 접근한 금지구역내의 1인 시위가 적법한가? 하는 문제에 다다르게 된다. 이에 대한 검토도 필요하다 하겠다.

9. 海上示威 關聯 立法 講究

해상시위에 관한 적절한 법적 규제가 없는 현실에서[90] 해상 시위 발생

89) 2001.4.16. '제140회 경찰위원회 정기회의'에서 대우자동차 「4·10상황」 관련 보고 및 화염병 시위근절 대책 등을 논의한 후 (집회시)신원확인을 불가능하게 하는 복면 착용금지 집회신고시 각서 제출 의무화 및 위반시 금지 통고 근거 마련·화염병 시위관련 형사 처벌자 명단 공개검토(공직채용 및 민간분야 신규 취업시 제한검토) 등을 의결하였다(경찰위원회, 심의회보 제22호, 경찰위원회간, 2001.6.11, 30~39면 참조).

90) 집회가 되기 위해서는 최소한 3인이 필요하다는 견해(권영성, 전게서, 490면.·김계환, 전게서, 618면: 허영, 한국헌법론, 박영사, 2001. 4, 53면: 강경근, 전게서, 767면: Hoffmann, Riem, a.a.O., Rn, p.12.)는 본래 독일 민법규정에서 유추되었다. 독일 민법 제56조와 제73조에 의하면 단체의 등록을 위해서 최소한 3인이 필수적이며 만약 단체 구성원이 3인 이하로 감소되는 경우에는 일정한 절차를 거쳐 그 권리능력을 박탈하도록 되어 있다. 그러나 집회가 항상 단체에 의해서 개최되는 것도 아니고 집회가 단체

자체를 불법으로 간주하여 저지 · 해산하고자 한다는 것도 논리상 타당치가 않다. 따라서 해상시위가 발생하고 있는 현실을 직시, 집시법 등 관련 법규를 수정 · 보완하든지[91] 여타 법규에 근거조항을 마련하든지간에 필요한 법적 장치를 강구하는 것이 화급하다.

해상시위는 육상시위와 연결돼 있는 데다가 마음만 먹으면 언제든지 흉기로도 돌변할 수 있는 크고 작은 각종 형태의 「배를 이용」한 「해상의」 시위라는 특수성은 조속한 입법의 필요를 더욱 절실하게 한다. 그럼으로써 적법시위는 질서 유도 등 평화시위가 되도록 최대한 보장하고. 위법시위는 사전 보완 · 금지 · 통고 해산 명령권 발동 등으로 효율적 대처가 가능한 것이다.

일본은 항칙법에서 해상시위의 근거를 찾아 볼 수 있다. 항칙법 제7장 제32조에 의하면 '특정항내에 있어서 단정경쟁 그 이외의 행사를 하고자 하는 자는 항장의 허가를 받지 않으면 아니된다'라고 규정하고 있는데 '端艇競爭 그 외의 행사'에 해상시위가 포함된다고 하여 해상시위의 근거를 마련하고 있는 것이다.

여기에서 특정항이란 외국선박이나 무역선박 등이 입 · 출항하는 항구로 우리의 개항장에 해당한다고 할 수 있고, 단정경쟁이란 보트 등 작은 배의 경주를 말하며 해상보안부장이 해상시위의 내용 · 규모 등에 따라 허가 여부를 결정한다. 그리고 특정항이 아닌 항포구에서의 시위는 신고만 하도록

개념에 직접 연결되지도 않는데도 불구하고 3인설을 주장하기에는 설득력이 없다. 집회의 자유 본질이 개인의 절대적인 고립화를 방지한다는 데 있음으로 2인으로도 충분할 것이다.

91) 2001.8.19 서울지법 형사14 단독 신○○ 판사는 미이라 차림을 한 채 1인 시위를 벌이다 즉결심판에 넘겨져 벌금이 부과되자 정식재판을 청구한 김○○(38)씨에게 경범죄처벌법위반죄를 적용해 벌금 3만원을 선고했다. 재판부는 판결문에서 김씨는 비록 레미콘 노동자들이 처한 현실을 알리려 상징적인 방법으로 1인 시위를 했다고는 하지만 많은 사람들이 통행하는 장소에서 미이라복장을 한 채 시위를 벌여 다른 사람에게 불안감이나 불쾌감을 준 점이 인정된다… 이번 판결은 1인 시위가 적법한지 아닌지를 판단한 것은 아니다… 라고 덧붙였다(2001.8.20. 중앙일보. 31면: 한겨레신문, 15면: 동아일보, 31면.: 세계일보, 사회1면 각 참조).

되어 있다. 또 항계 밖의 경우는 규제법규가 없음으로 헌법정신에 입각하여 자유로운 시위가 보장되나 해사관련법규에 저촉되는 선박은 회항조치하고 있는 실정이다.

우리의 경우도 육상과 해상이라는 차이점·시위의 특수성 등을 고려하여 현행 개항질서법 등 특별법을 손질·보완함이 타당할 것으로 보인다. 즉 현행 개항질서법 시행령 등에 개항질서법 제34조 규정의 단정경기 등의 행사에 관한 구체적인 행사 범위로써 해상시위 등을 명시하고, 허가권자를 해양수산부소속 해양경찰청 관계자(계급·직책 등을 구체화하여)로 정하여 운용하는 것이 옳다고 생각되며, 개항장 외의 항포구나 항계 밖에서의 행사나 시위에 대해서도 일본의 예를 참고하여 미비점을 보완함이 타당하다고 본다.

또 육상시위와의 연계가능성을 고려할 때 육상의 일반 경찰(기동대 등 경비부서)과의 협조·공조에 대한 언급규정도 관계기관간 검토해야 할 것이다.

10. 其 他

가 採證 活動의 根據 新設

최근 시위의 양상이 더욱 첨예·과격·대립화 되어가고. 불법 폭력시위로의 변질 가능성이 그 어느 때보다도 높은 현실을 고려할 때 시위현장에서 일정조건 하에 촬영 녹음 또는 녹화 등 채증 활동을 할 수 있는 근거법규를 마련하는 것이 필요하다.[92]

이때 최신 캠코더·인터넷중계 등 첨단 전자 매체의 사용이 더욱 활성

92) 空中示威 역시 해상시위와 마찬가지로 일정한 법적 장치가 없으며, 현행 집시법 적용에 있어 타당치 않은 면이 매우 많다.

화되는 것은 불가피한 상황임으로 비디오 등 전자매체와 기구의 활용에 관한 규정을 통합적으로 입법화할 필요가 있다. 경찰관 직무집행법 제2조 3호(치안정보의 수집・작성배포)・경찰법 제3조(경찰의 임무: 경찰은 국민의 생명・신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방 진압 및 수사・치안정보의 수집・교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.) 등의 규정에 의거 채증 활동을 하고 있으나[93] 시위자・시민 사회단체 등에서는 이들 규정의 구체성 결여 및 채증에 대한 확대 해석으로 인한 적용이라고 반발하고 있다.

따라서 비디오 촬영 또는 사진촬영을 막론하고 현행 집시법 제17조(집회장소의 경찰관 출입)[94]를 개정・불법 폭력행위가 예상되는 경우 채증을 위해 사복경찰관의 출입이 가능하도록 하여야 하며 모든 집회 시위 상황에서 채증을 할 수 있도록 근거조항을 신설하는 것이 바람직하다고 본다.[95]

참고로 독일은「미술 저작물 및 사진 저작물의 저작권에 관한 법률」제

93) "어선단 해상시위 계기 관련법 보완 제재키로": …정부도 최근 군산외항에서의 어선단 해상시위와 관련 현행법상 해상시위에 대한 적절한 법적제재 규정이 없어 대응하지 못했다는 판단에 따라 집시법 등 관계법령을 보완키로 했다. 해양부・청와대 농림수산수석은 23일 한승수 비서실장 주재로 열린 수석회의에서「이번 멸치 어선단의 해상시위와 같은 사건의 재발 방지를 위해서도 집시법 등을 개정·법적 근거를 마련해야 할 것」이라고 말했다.(동아일보. 1995.8.24. 사회1면 참조).

94) 독일의 '집회 및 시위에 관한 법률' 제12조 a와 제 19조 a에 사진 촬영권과 음향 녹취권을 규정하고 있다. 이는 대테러 대책법으로서 뿐 만 아니라 사회안정 침해범죄에 대한 일만 대책으로서 일정범위 내에서 법관의 영장을 요구하지 않는 경찰 고유권한으로 보장하는 독일 집시법과 같은 형태로 우리법률에도 도입돼야 한다(손동권, 독일의 對테러 입법례와 우리나라에서의 공안입법론, 대테러 연구(제23집), 경찰청, 2000. 165면 참조).

95) 실제로 경찰은 집회시위 현장에서 영상채증팀을 운용하고 있으며 그때마다 실시간으로 인터넷을 통해 동영상 제공 및 정사진 채증으로 불법행위 견제・사실 왜곡방지 및 사법처리 등에 활용하고 있다(경찰청, 집회시위 안전관리 강화대책(경일 63400-), 2001.4 경찰청, 집회시위관리지침. 2001.5, 10면; 경찰청, 21c 한국경찰의 비전, 대한문화사, 2001.6, 84면 참조).

23조 제1항1호~3호에 의하여 '집회나 행렬 및 이와 유사한 행사에 참가하고 있는 인물의 초상은 보호되지 아니한다'고 규정하여 집회·시위시 경찰의 채증 활동에 대한 근거법규로 자리잡고 있다.

나. 示威 參觀團 運營의 活性化

시위 현장의 감시자격인 가칭 '시민참관단'[96]의 참관·출입·근거규정을 신설할 필요가 있다 법제 4조 단서에 완장을 착용한 기자의 출입·법 제17조 단서에 직무의 긴급성이 있는 경우의 정복 경찰의 출입 규정만 있을 뿐 '시민 참관단' 또는 '시위 참관단'의 출입·참관근거 규정이 없다.

따라서 법 제4조의 단서 조항을 보강하여 일반인도 일정조건 하에(완장 착용 등 일정표시를 한 후에) 합법적으로 참가 상호 감시를 할 수 있도록 할 필요가 있다.

물론 참관단의 자격요건·등록·착용품(완장·출입증 모자·시위대 및 경찰에의 통보절차 등) 등에 대해서는 시행령 등에 상세히 규정해야 할 것이다.

특히 과격한 시위현장에서의 경찰과 시위대간의 충돌가능성은 매우 높아 자칫 폭력사태를 유발하기 쉽다.

따라서 NGO등 각종 단체로 구성된 시민 참관단의 출입은 시위과정에서 발생하는 각종 오해(왜곡·과장 등) 소지를 줄이는 등 공정하고 건전한 시위문화정착에 크게 기여할 수 있을 것이다. 또 시위참관단에게 시위대와 경찰 상호감시 외에 위법·불법 행위의 채증·고발권까지 부여한다면 합법적이고 평화적인 시위의 조기 정착에 빠른 속도로 다가가게 되는 한 디딤돌이 될 것이다.[97]

---

96) 법 제17조(집회 장소의 경찰관 출입). 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복을 착용하고 출입할 수 있다. 다만 옥내 집회 장소에서의 출입은 직무집행에 있어서 긴급성이 있는 경우에 한한다.

Ⅴ. 結 論

지금까지 현행 집시법상의 문제점은 무엇이며, 건전시위문화 정착을 위해서 어떤 방향으로 입법화 내지 제도개선이 이뤄져야 하는지에 대하여 검토하였다.

무릇 민주주의는 여론정치・참여정치이기 때문에 사회구성원은 누구나 국정에 참여하여 비판하거나 자기(또는 소속집단)의 주의・주장을 펼치며 이의 시정・해결을 요구할 수 있는 것이다. 물론 이같은 주장은 평화적으로 공공의 안녕질서를 害하지 않는 범위내에서 행해져야 함은 당연하다.

그러나 우리 사회의 집회・시위의 현실을 볼 때 정부에 대한 불신・법경시 풍조의 만연・과거 불법 폭력시위 행태의 관행 등으로 인해 과격・폭력시위가 성행하고 있음을 볼 수 있다. 따라서 '합법보장 불법필별 원칙'에 입각한 시위문화의 정착이 당연한 현실 과제로 지적되고 있다.

따라서 평화적 시위 문화의 정착을 위해서는 먼저 정부가 적극적으로 개혁하고 民意의 흐름을 시의적절하게 수용하는 열린 정치 열린 행정의 구현이 절대 필요하다.

이는 60-70년대에 과격시위를 경험했던 선진제국 집시법의 비교・고찰에서 교훈을 얻을 수 있다. 우리나라도 과거 직선제 개헌의 수용 등 민주적 개혁의 끊임없는 추진(민주노총・전교조의 합법화 등)으로 과격 폭력시위를 진정시킨 바도 있다. 따라서 정부의 시위민원해소에 있어 적극적이고 전향적인 자세의 견지가 요구된다. 즉 정부산하 전담기구를 설치한 후 NGO 등이 포함된 단체들의 합법적 합리적 토대 위에서 시위민원에 대한 해결 그에 대한 통보 그 결정 절차를 투명하게 공개하고. 수용 불가한 것

97) 석상옥, 정보채증과 초상권침해, 교관논문집 제16집, 경찰종합학교, 2001.1, 103~104면.

은 설득 대안제시 등으로 문제를 최소화한다면 정부의 신뢰도도 한층 높아지고 불법폭력시위도 상당부분 예방할 수 있을 것이다.

다음은 경찰의 시위관리능력 강화이다.

시위는 자칫 폭력화·불법화할 소지를 자체내 안고 있음으로 공권력이 어떠한 대응을 보이느냐에 따라 향후 전개에 있어 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 공권력의 비민주적·폭력적 조치는 과격 폭력시위의 빌미를 제공할 수도 있음으로 양 세력간의 충돌을 방지하기 위해서는 채증 활동 강화·시민참관단의 활성화가 이뤄지도록 근거규정이 보완되어야 할 것이다. 또 경찰은 기존의 검거위주의 물량 진압·타율진압의 시위관리방식에서 벗어나 립스틱 진압(여경 기동대 활용)·線진압(Police - line이용)·바람진압(흑선풍작전: 2001.12.27. 경기도 일산 금융연수원 금융노조농성관련 헬기바람을 이용한 진압)·시뮬레이션화 진압(각종 가상시위 상황을 유형화·표준화한 다음 현장 변화에 대응하는 능력·요령의 체계화) 협상진압(대화의 부족이나 교섭관행의 미숙에서 오는 이해의 충돌은 대화 중개 및 협상술의 배양·연마 등을 활용·해결)·배상진압(손해배상 등 민사청구제기로 해결유도)·아이디어 진압(각종 아이디어로 와해·해결유도 등) 자율진압(그간 경찰에 의한 시위관리에서 질서유지인의 책임을 강화함으로써 시위대 스스로 통제·관리케 하는 자율·자전적 관리 체제를 말하며 이런 체제로의 전환이 요구됨)·무혈진압(무체류탄사용 등)·win-win 진압(타협 대안제시 등 상호 만족하는 相生·相勝해결)·여론 진압(시위의 부당성 홍보 등 언론 여론을 이용한 해결)·협력진압(시위대에 대폭 협조·협력함으로써 시위를 평화적으로 종결시키는 전략)·해산위주의 시위대처기법과 그 능력의 업그레이드화가 필요하다.

다음은 평화적 시위정착을 위한 법규의 시정 보완노력이다.

집회 및 시위는 자유권적 성격보다는 일반의 더 많은 이익 즉 공공의 안녕질서를 중심으로 하여 발전되어 왔음은 선진제국의 비교입법에서 살

펴보았다. 그럼에도 현행 집시법은 과거 권위주의에 대한 반발로 집회 및 시위권 보장의 확보라는 자유권적 성격에 더 큰 비중을 두고 제정된 관계로 공공질서가 절실히 요구되는 오늘의 현실적용에 있어 많은 입법적 미비점을 노정하고 있다고 보여진다.

따라서 집회자유의 기본권을 최대한 보장하면서 이의 남용을 합리적으로 통제할 수 있도록 하는 조화의 차원에서 보완돼야 할 것이다. 즉 48시간전 집회개최 신고에 따른 일정의 촉박과 일방적 장기신고에 따른 집회신고상의 문제, 주최·인원의 위장 및 신고 후 미개최 등 집회신고내용 불이행의 문제, 법률이 침묵함으로써 전쟁터에서나 나타날 듯 한 시위용품의 문제, 소음공해와 교통마비를 유발하는 국민불편 문제, 사생활 및 공적 업무방해까지도 초래하게 하는 시위장소의 문제, 주최 인원의 위장 및 신고 후 미개최 등 집회 신고내용 불이행의 문제, 죽음까지도 허용되는 시위방법의 문제, 시위전력자 꾼들의 시위참가 문제, 릴레이식 1인 시위와 해상시위의 집시법 적용 문제 채증 활동과 시위참관단의 활동 근거법 미비 등의 문제점을 들 수 있겠다.

이의 해결을 위한 개선 방안으로서는 집회신고 기간의 완화와 집회개최 기간의 제한 등 집회신고 규정의 보완, 위장신고와 미개최 집회 등 신고내용 불이행에 대한 제재 강구, 사용 가능한 시위용품의 범위 제한, 소음의 규제 방안과 교통규정의 시정 및 도심 대규모 집회의 위원회심사제도 도입 등 국민불편 최소화 노력, 사생활과 공적업무 보호를 위한 시위장소 문제, 시위금지의 범위 보완, 주최자측의 자전적 관리와 시위꾼들의 참가배제로 폭력시위에 대한 제재 규정보강, 변형된 1인 시위와 해상시위관련 입법적 해결, 채증활동과 시위참관단 운영의 활성화를 통한 공정한 평화시위 유도책 등이 마련되어야 할 것이다. 그러나 결국은 자율진압에 의한 형태의 시위문화로 발전·정착되어야 할 것이다.

그간 경찰에 의한 타율적·외부적 물리적(강제적) 진압 위주의 시위행

태에서 벗어나 앞으로는 시위대의 일부인 주최자・질서유지인 등에 의해서 스스로 통제・관리하는 자율・자전적・내부적 관리체제로의 전환이 요구된다.

따라서 경찰을 집회시위의 보호자 협력자・안내자로서(2001.5.25. 행정자치부장관의 경찰청 방문시 업무보고 참조) 縱的인 관리 역할만을 수행하는 방향으로의 개선이 이뤄져야 할 것이다.

이같은 이상적・평화적 시위문화 정착을 위해서는 질서유지인 등의 책임강화(질서유지를 못한 것에 대한 형사처벌・민사상의 손해배상책임 및 경찰책임 등)는 물론 그에 상응한 시위통제 관리 징계권(고발권 포함)까지도 부여함으로써 저비용・고효율의 방향으로 제도개선이 이뤄져야 할 것이다.[98)99)]

이처럼 법적・제도적 보완과 경찰의 유연한 대처・행정부의 집회원인에 대한 적극적・근원적 대응・책임이 강화된 질서유지인에 의한 지율관리 체제가 정착된다면 자유와 질서의 조화(The Harmony Between Liberty And Public Order)라는 파렛토최적 (Pareto Optimal)속에 相勝(win-win)・相生의 건전한 高品格・無公害 示威 文化가 정착될 것이라고 생각된다.

---

98) 경찰은 집회・시위현장의 「안전관리팀」을 운용함에 있어 과장급 이상 간부(지방청・경찰서)를 안전관리관으로. 자치단체와 협조하여 그 직원이나 관내 영향력 있는 인사를 집회 시위현장 시민참관단으로 편성(모자·조끼 등 착용)・활용하여 오고 있다(경찰청, 전게집회·시위관리지침, 15~18면:경찰청, 전게 21c 한국경찰의 비전, 84면 각 참조). 그러나 시위와 무관한 제3자인 시민이 집회에 참가·관여할 법적 근거가 없는 형편이다.

99) 이 외에도 시민 참관단의 시위 참가로 인한 많은 불이익을 배려할 필요가 있다. 즉 시위현장의 위험성 무혜택(일방적인 공공성만 요구)·무예산(自費活動)·사생활 침해(주말·공휴일 집회) 등의 제반 문제점이 대두됨으로 많은 동기 부여 등 정책적 배려가 있어야 할 것이다. 또 참관단의 객관성. 공정성 인정이 제일 큰 화두로 대두점으로 전국적 조직력을 갖춘 단체・저명인사・교수・변호사・여성대표 등 다양하면서도 객관성・중립성있는 인사로의 구성이 요구된다.

참고문헌

1. 書 籍

〈國內書籍〉

강경근, 헌법학(전정판), 법문사, 1988.8.
권영성, 신판 헌법학 원론, 법문사, 2001.
金啓煥, 헌법학정해, 박영사, 1997.3.
김철수, 헌법학 개론(제9전정신판), 박영사, 2001.
김정훈, 세계의 시위문화, 마당사, 1990.
문홍주, 한국헌법, 解嚴社, 1998.4.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2001.3.
양 건, 헌법연구, 법문사, 1995.3.
李 求, 신체계해설 헌법요론, 삼영사, 1999.3.
최용기, 대한 헌법, 대명출판사, 1999.3.
허 영, 신판 한국 헌법론, 박영사, 2001.4.
경찰청, 경찰백서(1998~2001)-경찰개혁 1년 성과-, 범신사, 2001.5.
_____, 21c 한국경찰의 비전, 대한문화사, 2001. 6.
_____, 집회·시위관리지침, 대한문화사, 2001. 5.
경기지방경찰청, 신집회·시위안전관리교범, 2000.2.
_____, 신집회·시위관리대책, 2001.5.
치안본부, 미국경찰, 서울인쇄(주), 1988.5.
_____, 서구경찰, 정양사, 1989.12.
_____, 아주경찰, 신우인쇄주식회사, 1990.12.
헌법재판소, 판례집 제6권 1집, 1992.

〈外國書籍〉

Dicey, "The Low of Constitution", 9th, ed.,1952.

Drake, "Urban Violence and American Social Movements", 1968.

Lipset. S. Martin, "Student Activism", Current Affairs Bulletin, 1988.

Terrill. Richard. J, "Margaret Thatcher's Law and Order Agenda", The American Journal of Comparative Law, 1989.

The National Advisory Commission on Civil Disorders, U.S.Riot Commission Report, 1968.

The President's Commission on Campus Unrest, 1970.

彬原奉雄, フランスにおける集團行動の自由, 法律時報, 1967.

2. 論 文

석상욱, 정보채증과 초상권 침해, 교관논문집 제16집, 경찰종합학교, 2001. 1.

손동권, 독일의 對테러 입법례와 우리나라에서의 공안입법론, 대테러연구(제23집), 경찰청, 2000.

손동권, 평화적 집회 및 시위문화의 정착, 2000년도 하계학술세미나, 한국경찰학회, 2000.6.14.

여윤용, 집회 및 시위에 관한 법률운용에 관한 연구, -해상시위에 있어서의 현행 법률적용 여부를 중심으로-, 연세대학교 행정대학원, 1996.12.

이관희, 집회의 자유의 법적 규제에 관한 연구, 논문집 제7집, 경찰대학, 1988. 1.

_____, 치안경비에 관한 법적 고찰, -일본에서의 치안경비에 관한 판례를 중심으로-, 치안논총 제4집, 경찰대학 치안연구소, 1987. 12.

이관희 · 강태수, 우리의 집회시위제도 발전방안 모색을 위한 각국의 집회시위제도비교고찰, 연구보고서 95-12, 경찰대학치안연구소, 95. 12.

이재홍, 시위의 자유의 범위와 한계(上 · 下), -미국대법원 판례를 중심으로-, 인권과 정의(165, 166호), 1990. 5월 · 6월호.

장석권, 학생들의 폭력시위는 근절돼야 한다, 4 · 19혁명 37주년기념 '97학술심포지엄자료집, 419포럼, 1997. 7. 23.

조길형, 데모의 방법론, 월간 경찰행정, 공안행정연구원, 1998. 5 ~ 1999. 3.
황순일, 집회 및 시위에 관한 법률개선에 관한 연구, 교관논문집 제16집, 경찰종합학교, 2001. 1.

3. 법전 등

법전출판사, 대법전, 2001.
_____, 대법전판결례, CD-ROM, 2000. 1.

4. 신문 등: 2001.1.1 ~ 2001.9.30간

중앙지 : 경향신문, 대한매일, 동아·문화·세계·조선·중앙·한국일보, 한겨레.
지역신문 : 경기·경인·중부일보 등
기타 : 디지털 법보, http://peoplepower21.org(사이버참여연대), www.outsamsung.org 등

5. 기타 자료

경기지방경찰청, 2001.7.23자 정보상황보고.
_____, 2001 상반기 시위현황보고서.
경찰청, 검문검색관련특별지시(경일 63400-163), 2001.7.12.
_____, 경찰청업무보고(행정자치부장관 방문), 2001.5.25.
_____, 무최류탄 3년희고문 (경무 63100-5309), 2001.9.4.
_____, 불법 폭력시위 현황, ('98~2001. 6末 현재).
경찰위원회, 심위회보 제22호, 경찰위원회간, 2001.6.11.
경찰청, 집회시위관리지침 CD-ROM, 2001.6.3.
_____, 집회시위안전관리 강화대책(경찰청 경일 63400), 2001.4.

민주노총. 불심검문에 대한 대응지침. 2001.7.11.

법제처. 법제처기획02102-24(90.11.19) · 02102-357(92.9.24) 해상에서의 집시법 적용여부회신.

해양경찰청. '97～2001. 6末 현재 해상시위 발생현황자료.

환경부. 집회시위시 발생하는 소음의 규제 조치에 관한 질의회신.(생공67307-98). 98.3.10.

A Study on the Assembly and Demonstration Act

Yang, Tai-Kyoo**

This is to seek a peaceful settlement of arguments on the spot of rally, confronting hostily between the police and demonstrators.

It is desirable that the right to rally should be within the limitation of assured public security rather than unlimitted right of demonstation, and the authroity of the police remain as a safety machinery to protect security.

It has been full three years since the declaration of "None Tear Gas Principle" by Sep.4, 2001. However, it is rather too early to say that peaceful demonstration culture has settled down.

It has been prevailing as before that illegal violent demonstrations has been now in the course of increasing, throwing fire bombs and stones, whirling square wooden clubs and steel pipes, occupying streets and even railroads, attacking public facilities. Thus, causing terrible traffic jams and awful public inconveniences in the near area.

This ever increasing number of rallies and participants have threatened the situation which requires the settlement of peaceful demonstration culture very urgently.

This essay is to point out some problems arising out in the course of enforcement of the law of assembly and demonstration which has been

---

** Chief, Criminal Investigation Division of Kyonggi Provincial Police Agency, Sen. Supt.

promulgated since the authoritative government, and seek an improvement in a positive way.

In the first chapter, the focus is placed on the public security and order. In order to make sure of this target, the culture of rally on the side of participants(demonstrators) should be changed in a peaceful way, and its counter part should also gurantee peaceful demonstration(police).

In the second chapter, it has showed some examples of laws and forms of rallies in foreign countries.

In the third chapter, it has reviewed some problems out of the law concerned with protecting peaceful demonstrations in the course of enforcement by the police.

In the fourth chapter, it has showed a progressive improvement, reflecting the real needs for public security and order, to stop vicious circle of illegal violent demonstration - violent crackdown - another illegal violent rallies. And thus, establishing democratic legal order and peaceful demonstration culture.

That is to create and establish the high level serene, unpolluted demonstration culture.

[국제초청강연회]

JUVENILES TREATED AS ADULTS FOR CRIMINAL PROSECUTIONS

Dean J. Champion*

INTRODUCTION

The juvenile violent crime rate soared between 1988 and 1994 after more than a decade of relative stability. In the late 1990s juvenile violence decreased slightly, although juvenile violent crime arrests were 60 percent higher in 1996 than they were in 1987. By 1997, 2.1 million youths under age 18 had been arrested that year for various crimes. There were 4,128 youths arrested for rape; 2,172 for murder or nonnegligent manslaughter; 39,037 for robbery; and 56,894 for aggravated assault. If juvenile violence trends continue, it is estimated that by the year 2010, the number of juvenile arrests for violent crimes will have doubled.

What responses to these offenses should be made by the juvenile justice system? What are the limits of sanctions to be imposed by juvenile courts? Should some youths be held more accountable than others, in view of the crimes they commit? Are some youths more amenable to criminal punishments than others? Where should the line be drawn about who should receive

* Professor of Criminal Justice, Department of Social Sciences, Texas A & M International University

criminal penalties and who should not receive them?

An integral feature of the juvenile justice process is the adversarial relation between defense counsel and prosecutors. Both of these roles will be examined as they relate to waiver decisions. Finally, a get tough movement has been observed over the last few decades, within both the criminal and juvenile justice systems. For criminals, getting tough means stiffer sentences and heavier fines, fewer loopholes that may be used to elude convictions for crimes, and less prosecutorial and judicial discretion relating to minimizing charges filed and penalties assessed. For juveniles, get tough means moving away from the traditional rehabilitative orientation that characterized early juvenile court processes and decision making and toward more punitive sanctions, greater use of incarceration, especially for more serious youthful offenders, obligating more youths to be held accountable for their actions, and more liberal use of waivers to criminal courts for the most serious offenders. Waivers represent a hard line against selected juvenile offenders. Contemporary waiver patterns among the states will be illustrated and waiver trends described.

TRANSFERS, WAIVERS, AND CERTIFICATIONS

What Are Transfers? Transfers refer to changing the jurisdiction over certain juvenile offenders to another jurisdiction, usually from juvenile court jurisdiction to criminal court jurisdiction. Transfers are also known as waivers, referring to a waiver or change of jurisdiction from the authority of juvenile court judges to criminal court judges. Prosecutors or juvenile court judges decide that in some cases, juveniles should be waived or transferred to the

jurisdiction of criminal courts. Presumably, those cases that are waived or transferred are the most serious cases, involving violent or serious offenses, such as homicide, aggravated assault, forcible rape, robbery, or drug-dealing activities

In some jurisdictions, such as Utah, juveniles are waived or transferred to criminal courts through a process known as certification. A certification is a formal procedure whereby the state declares the juvenile to be an adult for the purpose of a criminal prosecution in a criminal court. The results of certifications are the same as for waivers or transfers. Thus, certifications, waivers and transfers result in juvenile offenders being subject to the jurisdiction of criminal courts where they can be prosecuted as though they were adult offenders. A 14-year-old murderer, for instance, might be transferred to criminal court for a criminal prosecution on the murder charge. In criminal court, the juvenile. now being treated as though he were an adult, can be convicted of the murder and sentenced to a prison term for one or more years. If the juvenile is charged with capital murder, is 16 or older, and lives in a state where the death penalty is administered to those convicted of capital murder. then he/she can potentially receive the death penalty as the maximum punishment for that offense, provided there is a capital murder conviction. Or criminal court judges might impose life-without-parole sentences on these convicted 16 or 17-year-olds. Imposing life-without-parole sentences or the death penalty are not within the jurisdiction of juvenile court judges. Their jurisdiction ends when an offender becomes an adult. Thus, a delinquency adjudication on capital murder charges in juvenile court might result in a juvenile being placed in the state industrial school until he is 18 or 21, depending upon whichever is the age of majority or adulthood.

Between 1988 and 1992, the use of waivers by juvenile courts increased by 68 percent. An estimated 176,000 youths under age 18 were tried as adults in criminal courts in 1991. One reason for this large number of criminal cases involving youths under age 18 is that in many states, persons are considered adults at lower ages, such as 15, 16, or 17, for purposes of a criminal prosecution. Thus, in many of these cases, waivers, transfers or certifications were not relevant to subsequent criminal court processing.

The Rationale Underlying the Use of Transfers, Waivers, or Certifications. The basic rationale underlying the use of waivers is that the most serious juvenile offenders will be transferred to the jurisdiction of criminal courts where the harshest punishments, including capital punishment, may be imposed as sanctions. Since juvenile courts lack the jurisdiction and decision making power to impose anything harsher than secure confinement dispositions of limited duration in industrial or reform schools, it would seem that the waiver would be an ideal way to impose the most severe punishments on those juveniles who commit the most violent acts. All states have provisions which allow juveniles under certain conditions to be tried as if they were adults in criminal court by one or more transfer or waiver provisions.

A listing of reasons for the use of transfers, waivers or certifications include the following:

1. To make it possible for harsher punishments to be imposed.

2. To provide just-deserts and proportionately severe punishments on those juveniles who deserve such punishments by their more violent actions.

3. To foster fairness in administering punishments according to one's serious offending.

4. To hold serious or violent offenders more accountable for what they have done.

5. To show other juveniles who contemplate committing serious offenses that the system works and that harsh punishments can be expected if serious offenses are committed.

6. To provide a deterrent to decrease juvenile violence.

7. To overcome the traditional leniency of juvenile courts and provide more realistic sanctions.

8. To make youths realize the seriousness of their offending and induce remorse and acceptance of responsibility.

Ideal Offender Characteristics for Justifying Transfers to Criminal Courtss. Those designated for transfer or waiver by various participants in the juvenile justice process should exhibit certain consistent characteristics. Age, offense seriousness, and prior record (including previous referrals to juvenile court, intake proceedings and dispositions, or juvenile court delinquency adjudications) are some of these characteristics. Several extralegal factors function to enhance the likelihood that a juvenile will be waived to criminal court. Data were gathered from fifty state juvenile codes. Using content analysis, court records were searched and read decisions involving transferred juveniles, appeals of these transfers to appellate courts, and various law review articles pertaining to transfers. Data analysis was supplemented with interviews of 85 court personnel and a survey of 1,423 representatives from 127 courts in 34 states. Several things were concluded about the juveniles who were subjects of transfers. First, those with extensive prior records or involvement with the juvenile justice system were more frequently detained and subjected to transfer.

Second, many of these youths exhibited emotional disturbances of various kinds. Such emotional disturbance seemed to promote self-destructive behavior and poor school adjustment. These youths were most unwilling to accept

interventions suggested by juvenile courts and intake officers. Thus, unwillingness to accept intervention became an important extralegal factor that adversely influenced the transfer decision. Third, those transferred tended to lack self-discipline and failed to comply with rules or court orders and conditional sanctions imposed by juvenile court judges. Therefore, a youth's unwillingness to comply with institutional rules became another extralegal factor impinging upon the waiver decision.

Actual Characteristics of Transferred Juveniles. In 1994, 12,400 youths were transferred to criminal court. Most juveniles transferred were male, with only 600 females (0.5 percent) being waived. About 6,800 (55 percent) of all transferred juveniles were black or other minority, despite the fact that white juveniles comprised about 64 percent of all cases referred to juvenile court. Furthermore, those charged with person offenses and waived to criminal court made up only 42 percent of those transferred. About 46 percent of those charged with property or public order offenses were waived to criminal courts. while about 10 percent of those waived were charged with drug offenses.

Why Do Property and Public Order Offenders Get Transferred to Criminal Court? An interested public wants to know why juvenile courts would send property offenders or public order offenders to criminal courts for processing. After all, these are the least serious offenders compared with those committing aggravated assault, attempted murder, homicide, forcible rape, and armed robbery. Studies of juvenile court judges disclose that often, persistent nonserious offenders are transferred from juvenile courts because juvenile court judges are tired of seeing these same offenders in their courts. They believe that if such persistent offenders are sent to criminal courts, this will be a better deterrent to their future offending. What these judges do not understand

is that criminal court prosecutors and judges often tend to downplay the significance of these small-time offenders. At least half of these nonserious property offenders will have their cases dismissed, diverted or downgraded. Another 40 percent will enter plea bargains and receive probation from criminal court judges. Most criminal court judges do not want to put 14-year-old property offenders or public order offenders in adult prisons, where chronic overcrowding and the potential for sexual exploitation are pervasive. Thus, only about 10 percent of those nonserious offenders who are transferred annually will be placed in confinement for a term of months or years. About 90 percent will return to their neighborhoods and continue to reoffend.

A list of some of the factors cited by juvenile court judges that result in the transfer of nonserious property, public order, or drug offenders to criminal court are:

1. Although property offenders aren't especially serious or violent, their persistence in offending causes juvenile court judges to tire of their frequent appearances; transfers of these offenders to criminal court will "teach them a lesson."

2. Some jurisdictions mandate transfers to criminal court of those offenders who exceed some previously determined maximum of juvenile court adjudications; these may include property or public order offenders.

3. Individual differences among juvenile court judges will dictate which juveniles are transferred, despite the seriousness of their offense; if the judge doesn't like a particular youth's attitude, the youth will be transferred.

4. Any kind of drug offense should be dealt with by criminal courts; thus, a simple "possession of a controlled substance" charge (e.g., prescription medicine) may be sufficient to qualify a juvenile for a criminal court transfer.

5. What is a serious or violent offense in one juvenile court jurisdiction may not be considered serious or violent in another jurisdiction; thus, different standards are applied to the same types of juveniles in different jurisdictions.

TYPES OF WAIVERS

There are four types of waiver actions. These include (1)judicial waivers; (2) direct file; (3) statutory exclusion; and (4) demand waivers.

Judicial Waivers

The largest numbers of waivers from juvenile to criminal court annually come about as the result of direct judicial action. Judicial waivers give the juvenile court judge the authority to decide whether to waive jurisdiction and transfer the case to criminal court.

There are three kinds of judicial waivers. The first type, discretionary waivers, empower the judge to waive jurisdiction over the juvenile and transfer the case to criminal court. Because of this type of waiver, judicial waivers are sometimes known as discretionary waivers. The second type of judicial waiver is the mandatory waiver. In the case of a mandatory waiver, the juvenile court judge must waive jurisdiction over the juvenile if probable cause exists that the juvenile committed the alleged offense. The third type of judicial waiver is called a presumptive waiver. Under the presumptive waiver scenario, the burden of proof concerning a transfer decision is shifted from the state to the juvenile. It requires that certain juveniles be waived to criminal court unless they can prove that they are suited to juvenile rehabilitation.

Judicial waivers are often criticized because of their subjectivity. Two different youths charged with identical offenses may appear at different times before the same judge. On the basis of impressions formed about the youths, the judge may decide to transfer one youth to criminal court and adjudicate

the other youth in juvenile court. Obviously, the intrusion of extralegal factors into this important action generates a degree of unfairness and inequality. A youth's appearance and attitude emerge as significant factors that will either make or break the offender in the eyes of the judge. These socioeconomic and behavioral criteria often overshadow the seriousness or pettiness of offenses alleged. In the context of this particular type of transfer, it is easy to see how some persistent, nonviolent offenders may suffer waiver to criminal court. This is an easy way for the judge to get rid of them.

Although judges have this discretionary power in most jurisdictions, youths are still entitled to a hearing where they can protest the waiver action. While it is true that the criminal court poses risks to juveniles in terms of potentially harsher penalties, it is also true that being tried as an adult entitles youths to all of the adult constitutional safeguards, including the right to a trial by jury. In a later section of this chapter, we will examine closely this and other options that may be of benefit to certain juveniles. Thus, some juveniles may not want to fight waiver or transfer actions, largely because they may be treated more leniently by criminal courts.

Direct File

Whenever offenders are screened at intake and referred to the juvenile court for possible prosecution, prosecutors in various jurisdictions will conduct further screenings of these youths. They determine which cases merit further action and formal adjudication by judges. Not all cases sent to prosecutors by intake officers automatically result in subsequent formal juvenile court action. Prosecutors may decline to prosecute certain cases, particularly if there are problems with witnesses who are either missing or who refuse to testify, if there are evidentiary issues, or if there are overloaded juvenile court dockets.

A relatively small proportion of cases may warrant waivers to criminal courts.

Under direct file, the prosecutor has the sole authority to decide whether any given juvenile case will be heard in criminal court or juvenile court. Essentially, the prosecutor decides which court should have jurisdiction over the juvenile. Prosecutors with direct file power are said to have concurrent jurisdiction. This is another name for direct file. In Florida, for example, prosecutors have concurrent jurisdiction. They may file extremely serious charges (e.g., murder, rape, aggravated assault, robbery) against youths in criminal courts and present cases to grand juries for indictment action. Or prosecutors may decide to file the same cases in the juvenile court.

Statutory Exclusion

Statutory exclusion means that certain juvenile offenders are automatically excluded from the juvenile court's original jurisdiction. Legislatures of various states declare a particular list of offenses to be excluded from the jurisdiction of juvenile courts. Added to this list of excluded offenses is a particular age range. Thus, in Illinois, if a 16-year-old juvenile is charged with murder, rape, or aggravated assault, this particular juvenile is automatically excluded from the jurisdiction of the juvenile court. Instead, the case will be heard in criminal court. In 1997, 16 states had statutory exclusion provisions and excluded certain types of offenders from juvenile court jurisdiction. Because state legislatures created statutory exclusion provisions, this waiver action is sometimes known as a legislative waiver. And because these provisions mandate the automatic waiver of juveniles to criminal court, they are also known as automatic waivers.

Demand Waivers

Under certain conditions and in selected jurisdictions, juveniles may submit

motions for demand waiver actions. Demand waiver actions are requests or motions filed by juveniles and their attorneys to have their cases transferred from juvenile courts to criminal courts. Why would juveniles want to have their cases transferred to criminal courts?

One reason is that most U.S. jurisdictions do not provide jury trials for juveniles in juvenile courts as a matter of right (McKeiver v. Pennsylvania, 1971). However. about a fifth of the states have established provisions for jury trials for juveniles at their request and depending upon the nature of the charges against them. In the remainder of the states, jury trials for juveniles are granted only at the discretion of the juvenile court judge. Most juvenile court judges are not inclined to grant jury trials to juveniles. Thus, if juveniles are (1) in a jurisdiction where they are not entitled to a jury trial even if they request one from the juvenile court judge; (2) face serious charges; and (3) believe that their cases would receive greater impartiality from a jury in a criminal courtroom, they may seek a demand waiver in order to have their cases transferred to criminal court. Florida permits demand waivers as one of several waiver options (Bilchik, 1996:3).

Other Types of Waivers

The Reverse Waiver. The reverse waiver is an action by the criminal court to transfer direct file or statutory exclusion cases from criminal court back to juvenile court, usually at the recommendation of the prosecutor. Typically. juveniles who would be involved in these reverse waiver hearings would be those who were automatically sent to criminal court because of statutory exclusion. Thus, criminal court judges can send at least some of these juveniles back to the jurisdiction of the juvenile court. Reverse waiver actions may also be instigated by defense counsels on behalf of their clients.

The Once An Adult/Always An Adult Provision. The once an adult/always an adult provision is perhaps the most serious and long-lasting for affected juvenile offenders. This provision means that once juveniles have been convicted in criminal court, they are forever after considered adults for the purpose of criminal prosecutions. For instance, suppose a 12-year-old is transferred to criminal court in Vermont and subsequently convicted of a crime. Subsequently at age 15, if the same juvenile commits another crime, such as vehicular theft. he would be subject to prosecution in criminal court. Thus, the fact of a criminal court conviction means that the juvenile permanently loses his access to the juvenile court. In 1997, 31 states had once an adult/always an adult provisions.

Interestingly, the once an adult/always an adult provision is not as ominous as it appears. It requires that particular jurisdictions keep track of each juvenile offender previously convicted of a crime. This record-keeping is not particularly sophisticated in different jurisdictions. Some juveniles may simply move away from the jurisdiction where they were originally convicted. Fourteen-year-old juveniles who are convicted of a crime in California may move to North Dakota or Vermont, where they may be treated as first-offenders in those juvenile courts. How are North Dakota and Vermont juvenile courts supposed to know that a particular 14-year-old has a criminal conviction in California? Information sharing among juvenile courts throughout the United States is extremely limited or nonexistent. Thus, often the intent of the once an adult/always an adult provision can be defeated simply by relocating to another jurisdiction.

The most popular type of waiver action is the judicial waiver, where 46 states had judicial waiver provisions in 1997. Over half of all states (28) had

statutory exclusion provisions in 1997. Reverse waivers, which result from automatic or legislative waivers, were used in 23 states in 1997. Also, 31 states enacted the once waived/always waived provision.

IMPLICATIONS OF WAIVER HEARINGS FOR JUVENILES

Those juveniles who contest or fight their transfers to criminal courts or attempt to obtain a reverse waiver wish to remain within the juvenile justice system, be treated as juveniles, and be adjudicated by juvenile court judges. But not all juveniles who are the subject of transfer are eager to contest the transfer. There are several important implications for youths, depending upon the nature of their offenses, their prior records, and the potential penalties the respective courts may impose. Under the right circumstances, having one's case transferred to criminal court may offer juvenile defendants considerable advantages not normally enjoyed if their cases were to remain in the juvenile court. In the following discussion, some of the major advantages of disadvantages of being transferred will be examined.

Positive Benefits Resulting from Juvenile Court Adjudications

Among the positive benefits of having one's case heard in juvenile court are that:

1. Juvenile court proceedings are civil, not criminal; thus, juveniles do not acquire criminal records;
2. Juveniles are less likely to receive sentences of incarceration;
3. Compared with criminal court judges, juvenile court judges have considerably more discretion in influencing a youth's life chances prior to or at the time of adjudication;
4. Juvenile courts are traditionally more lenient than criminal courts;
5. There is considerably more public sympathy extended to those who are

processed in the juvenile justice system, despite the general public advocacy for a greater get-tough policy;

6. Compared with criminal courts, juvenile courts do not have as elaborate an information-exchange apparatus to determine whether certain juveniles have been adjudicated delinquent by juvenile courts in other jurisdictions; and

7. Life imprisonment and the death penalty lie beyond the jurisdiction of juvenile judges, and they cannot impose these harsh sentences.

First, since juvenile courts are civil bodies, records of juvenile adjudications are suppressed, expunged, or otherwise deleted when these adjudicated juveniles reach adulthood. Also, juvenile court judges often act compassionately, by sentencing youthful offenders to probation, or by issuing verbal warnings or reprimands, or by imposing non-incarcerative, non-fine alternatives as sanctions.

A fourth advantage is that juvenile courts are traditionally noted for their lenient treatment of juveniles. This seems to be more a function of the influence of priorities in dealing with juvenile offenders rather than some immovable policy that might impose standard punishments of incarceration as penalties. This balanced approach is largely constructive, in that it heavily emphasizes those skills that lead to the rehabilitation of youthful offenders. And in the minds of many citizens, rehabilitation is equated with leniency. Increasingly used, however, are residential placement facilities in various jurisdictions, where the rate of recidivism among juveniles is relatively low compared with those offenders with more extensive histories of delinquent conduct.

A fifth advantage of juvenile court processing is that sympathy for youths who commit offenses is easier to extend in sentencing. Many juveniles get into trouble because of sociocultural circumstances. Individualized treatment

may be necessary, perhaps administered through appropriate community-based facilities, in order to promote greater respect for the law as well as to provide needed services. Mandatory diversion policies have received some public support in various jurisdictions, especially where less serious youthful offenders are involved and they are charged with nonviolent, petty crimes. Many of these juveniles may not require intensive supervised probation or incarceration, but rather, they require responsible supervision to guide them toward and assist them in various services and treatment-oriented agencies.

Juvenile courts do not ordinarily exchange information with most other juvenile courts in a massive national communication network. Local control over youthful offenders accomplishes only this limited objective-local control. Thus juveniles might migrate to other jurisdictions and offend repeatedly, where getting caught in those alternative jurisdictions would not be treated as recidivism in the original jurisdiction. This is beneficial for juveniles, who might seek to commit numerous offenses in a broad range of contiguous jurisdictions. The probability that their acts in one jurisdiction would come to the attention of juvenile officials in their own jurisdiction is often remote.

Furthermore, juveniles in certain jurisdictions may reappear before the same juvenile court judge frequently. Multiple adjudications for serious offenses do not mean automatically that these youths will be placed in juvenile detention or transferred to criminal court. Even those who reappear before the same juvenile court judge may be adjudicated repeatedly without significant effect. In one investigation, it was found that a sample of serious juvenile offenders had been adjudicated in the same jurisdiction an average of 10 times. Thus, juvenile court judges may give juveniles the "benefit of the doubt" and impose non-detention alternatives. Non-detention alternatives as sentences are influenced

significantly by the degree of overcrowding in secure juvenile facilities. Thus, leniency displayed by juvenile court judges may really be due to necessity rather than because of some personal belief that incarceration should be avoided.

Finally, it is beyond the jurisdiction of juvenile court judges to impose life imprisonment and/or the death penalty, despite the potential for jury trials in some juvenile court jurisdictions. Thus, if offenders come before a juvenile court judge for processing and have committed especially aggravated violent or capital offenses, the juvenile court judge's options are limited. Incarceration in a juvenile facility, possibly for a prolonged period, is the most powerful sanction available to these judges. However, if waiver actions are successful, the road is paved for the possible application of such punishments in criminal courts.

Unfavorable Implications of Juvenile Court Adjudications

Juvenile courts are not perfect, however, and they may be disadvantageous to youthful many offenders. Some of their major limitations are that:

1. Juvenile court judges have the power to administer lengthy sentences of incarceration, not only for serious and dangerous offenders, but for status offenders as well;

2. In most states, juvenile courts are not required to provide juveniles with a trial by jury;

3. Because of their wide discretion in handling juveniles, judges may underpenalize a large number of those appearing before them on various charges; and

4. Juveniles do not enjoy the same range of constitutional rights as adults in criminal courts.

Adverse to juveniles, juvenile court judges may impose short- or long-term secure confinement on offenders, regardless of the nonseriousness or pettiness of their offenses. The case of In re Gault (1967) involved a 15-year-old, Gerald Gault, who was sentenced to nearly six years in the Arizona State Industrial School for making an obscene telephone call to a female neighbor. This sentence was arbitrarily imposed on Gault by the presiding juvenile court judge. For committing the same offense, an adult would have been fined $50 and may have served up to 30 days in a local jail. In Gault's case, the sentence was excessive and there were constitutional irregularities. This unusual incarcerative sentence was subsequently overturned by the U.S. Supreme Court on several important constitutional grounds. However, juvenile court judges continue to have broad discretionary powers and may impose similar sentences, provided that the constitutional guarantees assured by the Gault decision are present in any subsequent case.

Another disadvantage of juvenile courts is that granting any juvenile a jury trials is mostly the discretion of prosecutors and juvenile court judges. If the judge approves, the juvenile may receive a jury trial in selected jurisdictions, if a jury trial is requested. This practice typifies juvenile courts in 38 states. In the remaining states, juveniles may request and receive trials under certain circumstances. In other words, the state legislatures of at least 12 states have made it possible for juveniles to receive jury trials upon request, although the circumstances for such jury trial requests parallel closely the jury trial requests of defendants in criminal courts. Again, we must consider the civil-criminal distinction that adheres respectively to juvenile and criminal court proceedings. Jury trials in juvenile courts retain the civil connotation, without juveniles acquiring criminal records. However jury trials in adult criminal courts, upon

the defendant's conviction, result in the offender's acquisition of a criminal record.

A third limitation of juvenile proceedings is that the wide discretion enjoyed by most juvenile court judges is often abused. This abuse is largely in the form of excessive leniency, and it doesn't occur exclusively at the adjudicatory stage of juvenile processing. Because of this leniency and wide discretionary power, many juvenile courts have drawn criticisms from both the public and juvenile justice professionals. A common criticism is that juvenile courts neglect the accountability issue through the excessive use of probation or diversion.

Another criticism of these courts is that juveniles do not enjoy the full range of constitutional rights that apply to adults in criminal courts. In many jurisdictions, transcripts of proceedings are not made or retained for juveniles where serious charges are alleged, unless special arrangements are made beforehand. Thus, when juveniles in these jurisdictions appeal their adjudications to higher courts, they may or may not have the written record to rely upon when lodging appeals with appellate courts.

WAIVER PATTERNS AND TRENDS

Probably the most significant change in waiver patterns throughout the United States occurred between 1992 and 1996. During this period, all but ten states had adopted or modified their laws to make it easier to prosecute juveniles as adults in criminal courts. Some of the reasons for this tougher stance toward juvenile offending are that (1) juvenile rehabilitation has not been particularly effective at deterring juveniles from further offending; and (2) that the juvenile justice system is simply not punitive enough to impose the nature and types of punishments deserved by an increasingly violent juvenile

offender population. The primary ways of making juveniles more amenable to criminal court punishment are to (1) lower the age at which they can be processed by criminal courts as adults; (2) expand the number of crimes which qualify juvenile offenders as adults for criminal court action; and (3) lower the age at which juveniles can be transferred to criminal courts for various offenses.

Increasing the frequency of waivers of juveniles to criminal courts means that transferred juveniles will be exposed to a broader range of punishments than could be imposed by juvenile courts. While the death penalty is the ultimate punishment for capital offenses in a majority of states in criminal courts, execution is beyond the jurisdiction of juvenile courts. Once juveniles have been transferred, it does not mean that they will automatically be prosecuted. Furthermore, being transferred does not mean that more severe punishments will be imposed, although this is a key function of waivers.

Little is known about what happens to juveniles once they have been transferred to adult courts. A study of the final dispositions of transfers of juveniles in selected counties in four southern states for the years 1980-1988 is consistent with subsequent findings of other investigators. For instance, out of 3,424 transfer hearings during 1980-1988, 2,818 (82 percent) resulted in waivers. However, the proportion of property offenders in these successful waiver hearings increased over the years from 19 percent to about 50 percent. In 1996 about 58 percent of all transferred juveniles involved property crimes, drug charges, or public order offenses. Only 42 percent of those transferred were charged with a serious or violent offense.

These findings suggest that at least in these jurisdictions, juveniles are not receiving harsher penalties than they would receive in juvenile courts when

they are transferred to criminal courts for various offenses. Other research suggests that waivers are not being used to isolate the most serious offenders. Further. juveniles who are waived to criminal court are not receiving harsher sentences compared with what they might receive in juvenile court. It has been suggested that these waivers appear to be cosmetic, primarily public-placating escape valves used to rid juvenile courts of chronic recidivists, largely property offenders. Automatic transfer laws in various states such as Florida, Illinois, and New York seem to be having the desired effect, however, although there is an inconsistent pattern that has developed.

In view of the types of cases that eventually reach criminal courts for disposition and how those cases are ultimately concluded, it would seem that juvenile court prosecutors and judges would be highly selective in the cases they designate for waiver. Ideally, those cases selected for waiver or transfer would be only the most serious cases, where the charges pending against juveniles would primarily consist of violent crimes such as homicide, rape, robbery, and aggravated assault. In at least a few jurisdictions, it seems to work this way. An early 1984 New Jersey survey of juvenile cases waived by the prosecutor to adult courts, for instance, showed that prosecutors' motions for waiver generally involved violent crimes. Of those cases waived, the majority resulted in guilty pleas through plea bargaining. Of those cases that went to trial, over 70 percent resulted in guilty verdicts, with 95 percent of these involving incarcerative terms. Unfortunately, these findings are exceptional and do not characterize general outcomes of transfers nationwide.

BLENDED SENTENCING STATUTES: A VIABLE SOLUTION?

In recent years, many states have legislatively redefined the juvenile court's purpose and role by diminishing the role of rehabilitation and heightening the

importance of public safety, punishment, and accountability in the juvenile justice system. One of the most dramatic changes in the dispositional/sentencing options available to juvenile court judges is blended sentencing. Blended sentencing statutes represent a dramatic change in dispositional/sentencing options available to judges. Blended sentencing refers to the imposition of juvenile and/or adult correctional sanctions on serious and violent juvenile4 offenders who have been adjudicated in juvenile court or convicted in criminal court. Blended sentencing options are usually based upon age or upon a combination of age and offense.

There are five blended sentencing models. These include (1) juvenile

exclusive blend: (2) juvenile-inclusive blend; (3) juvenile-contiguous; (4) criminal-exclusive blend; and (5) criminal-inclusive blend.

The Juvenile-Exclusive Blend. The juvenile-exclusive blend involves a disposition by the juvenile court judge which is either a disposition to the juvenile correctional system or to the adult correctional system, but not both. Thus, a judge might order a juvenile adjudicated delinquent for aggravated assault to serve three years in a juvenile industrial school; or the judge may order the adjudicated delinquent to serve three years in a prison for adults. The judge cannot impose both types of punishment under this model, however. In 1996, only one state, New Mexico, provided such a sentencing option for its juvenile court judges.

The Juvenile-Inclusive Blend. The juvenile-inclusive blend involves a disposition by the juvenile court judge which is both a juvenile correctional sanction and an adult correctional sanction. In cases such as this, suppose the judge had adjudicated a 15-year-old juvenile delinquent on a charge of vehicular theft. The judge might impose a disposition of two years in a

juvenile industrial school or reform school. Further, the judge might impose a sentence of three additional years in an adult penitentiary. However, the second sentence to the adult prison would typically be suspended, unless the juvenile violated one or more conditions of his/her original disposition and any conditions accompanying the disposition. Usually, this suspension period would run until the youth reaches age 18 or 21. If the offender were to commit a new offense or violate one or more program conditions, he/she would immediately be placed in the adult prison to serve the second sentence originally imposed.

The Juvenile-Contiguous Blend. The juvenile-contiguous blend involves a disposition by a juvenile court judge that may extend beyond the jurisdictional age limit of the offender. When the age limit of the juvenile court jurisdiction is reached, various procedures may be invoked to transfer the case to the jurisdiction of adult corrections. States with this juvenile-contiguous blend include Colorado, Massachusetts, Rhode Island, South Carolina and Texas. In 1987 the Texas legislature enacted a determinate sentencing law that is an example of the juvenile-contiguous blended sentencing model, whereby for certain offenses the juvenile court may impose a sentence that may remain in effect beyond its extended jurisdiction (Torbet and Szymanski, 1998:7). In Texas, for example, a 15-year-old youth who has been adjudicated delinquent on a murder charge can be given a determinate sentence of from 1 to 30 years. At the time of the disposition in juvenile court, the youth is sent to the Texas Youth Commission and incarcerated in one of its facilities (similar to reform or industrial schools). By the time the youth reaches age 17 1/2, the juvenile court must conduct a hearing to determine whether the youth should be sent to the Texas Department of Corrections to serve some or all of the

remaining sentence. At this hearing, the youth may present evidence in his/her favor to show why he/she has become rehabilitated and no longer should be confined. However, evidence of institutional misconduct may be presented by the prosecutor to show why the youth should be incarcerated for more years in a Texas prison. This hearing functions as an incentive for the youth to behave and try to improve his/her behavior while confined in the juvenile facility. Some persons believe that this particular sentencing blend is the most effective at punishing serious and violent offenders while providing them with a final chance to access certain provided Texas rehabilitative programs (Dawson, 1995).

On February 16, 1997 a 12-year-old Austin, Texas girl was convicted and sentenced by a juvenile court judge to 25 years imprisonment. She had beaten a 2 1/2 year-old toddler, Jayla Belton, to death in her grandmother's unlicensed day care center. In May 1996, she had been found guilty of the toddler's murder and given a 40-year sentence. Her first conviction was thrown out, however, since the court found that she was not adequately defended. In her first conviction when she was 11, the girl could have been released by age 16 or transferred to an adult prison, where she would serve out the remaining years of her original sentence. Prosecutors said that the girl kicked and beat Jayla Belton because she was angry about being left to baby-sit the toddler. The child died of a ruptured liver. In the sentencing scheme used by the judge, the girl's case would be reviewed before she became an adult. If her conduct while confined as a juvenile is poor, then there is a good likelihood that the results of a hearing will result in the girl being transferred to the Texas Department of Corrections to serve more time for her crime as an adult (Associated Press, 1997:A2).

In 1995 the Texas legislature expanded the number of offenses that qualify

for the most severe sentences, and it added an additional crime in 1997. The Texas legislature also established a seven-level system of progressive sanctions to be used by juvenile court judges, with determinate sentences acquiring the status of the most severe tier (Torbet and Szymanski, 1998:7). In October 1997, the Texas Criminal Justice Policy Council issued a report that profiled the offenders disposed by juvenile courts under the determinate sentencing procedure. Between 1990 and 1996, the number of juveniles committed to the Texas Youth Commission with determinate sentences more than quadrupled from 48 to 207, representing 8 percent of all commitments compared with 2 percent in 1990.

The Criminal-Exclusive Blend. The criminal-exclusive blend involves a decision by a criminal court judge to impose either a juvenile court sanction or a criminal court sanction, but not both. For example, a criminal court judge may hear the case of a 15-year-old youth who has been transferred to criminal court on a rape charge. The youth is convicted in a jury trial in criminal court. At this point, the judge has two options: the judge can sentence the offender to a prison term in an adult correctional facility, or the judge can impose an incarcerative sentence for the youth to serve in a juvenile facility. The judge may believe that the 15-year-old would be better off in a juvenile industrial school rather than an adult prison. The judge may impose a sentence of adult incarceration, but he/she may be inclined to place the youth in a facility where there are other youths in the offender's age range.

The Criminal-Inclusive Blend. The criminal-inclusive blend involves a decision by the criminal court judge to impose both a juvenile penalty and a criminal sentence simultaneously. Again, as in the juvenile court-inclusive blend model, the latter criminal sentence may be suspended depending upon the good

conduct of the juvenile during the juvenile punishment phase. For example, suppose a 13-year-old boy has been convicted of attempted murder. The boy participated in a drive-by shooting and is a gang member. The criminal court judge sentences the youth to a term of five years in a juvenile facility, such as an industrial school. At the same time, the judge imposes a sentence of 20 years on the youth to be spent in an adult correctional facility, following the five-year sentence in the juvenile facility. However, the adult portion of the sentence may be suspended, depending upon whether the juvenile behaves or misbehaves during his five-year industrial school incarceration. There is an additional twist to this blend. If the juvenile violates one or more conditions of his confinement in the juvenile facility, the judge has the power to revoke that sentence and invoke the sentence of incarceration in an adult facility. Thus, a powerful incentive is provided for the youth to show evidence that rehabilitation has occurred. It is to the youth's advantage to behave well while confined, since a more ominous sentence of confinement with adult offenders may be imposed at any time. Further, with good behavior, the youth can be free of the system following the period of juvenile confinement; the adult portion of the sentence is suspended if the youth deserves such leniency. One state that has the revocation power and ability to place youths in adult correctional facilities is Arkansas, although this power is rarely used by criminal court judges.

Blended sentencing statutes are intended to provide both juvenile and criminal court judges with a greater range of dispositional and/or sentencing options. In the 1980s and earlier, juvenile courts were notoriously lenient on juvenile offenders. Dispositions of juvenile court judges were mostly nominal or conditional, which usually meant verbal warnings and/or probation. While

probation continues to be the sanction of choice in a majority of juvenile courts following delinquency adjudications, many states have armed their juvenile and criminal court judges with greater sanctioning powers. Thus, it is now possible in states, such as Colorado, Arkansas, Missouri, for either juvenile court judges to impose sanctions which extend well-beyond their original jurisdictional authority. Juvenile court judges in New Mexico, for instance, can place certain juveniles in either adult or juvenile correctional facilities. Criminal court judges in Florida, Idaho, Michigan or Missouri can place those convicted of crimes in either juvenile or adult correctional facilities, depending upon the jurisdiction. These are broader and more powerful dispositional and sentencing options to hold youthful offenders more accountable for the serious offenses they commit.

Several important trends are indicative of the public's response to violent juvenile offending and the previous laxity demonstrated by juvenile and criminal courts in dealing with youthful offenders sent there for punishment. The absence of punishment was conspicuous, and it was widely known throughout the delinquent community that very little would happen to youths if they were caught by police for crimes they committed. But changing the statutes governing the confidentiality of juvenile records, making these records more accessible to the public and media, lowering the age of one's majority and the age at which transfers to criminal court or certifications can occur, are all a part of a general get tough movement designed to deter youthful offenders from committing serious offenses. However, the fact that only 42 percent of those transferred to criminal court in 1994 were violent or person offenders, coupled with the fact that only about 10-15 percent of those who are transferred will ever do time in either a juvenile or adult correctional

facility, do little to promote fear and discourage juvenile violence. In later chapters, we will examine prosecutorial discretion and describe various alternative sanctions imposed on youthful offenders. We will also investigate the range of rights presently available to juveniles and the implications of these rights for their juvenile or criminal court chances.

SUMMARY

Public perceptions of juvenile violence and its supposed increase throughout most U.S. jurisdictions have caused the get-tough movement to permeate the juvenile justice system. Several types of waivers or transfers are used. depending upon the jurisdiction. The most popular waiver, the judicial or discretionary waiver, is a decision made unilaterally by a juvenile judge that a specific juvenile's case will be heard in criminal court rather than in juvenile court. Prosecutorial waivers are also used, whereby prosecutors may move to transfer certain juveniles from their courts to criminal courts. In many jurisdictions, legislative provisions exist for the automatic transfer of particularly serious cases to criminal court jurisdiction. Illinois and New York are among several states having such automatic transfer provisions. Offenses subject to these automatic transfers include, but are not limited to, murder, rape, and robbery. Also, those transferred under such automatic transfer statutes must be either 16 or 17 years of age.

The characteristics of those transferred vary widely among jurisdictions. However, most transferred youths have prior records of delinquency, prior adjudications, or some other type of involvement with the juvenile justice system. Many are 16 years of age or older, and the offenses alleged are particularly serious. All juveniles are entitled to a hearing, either before their cases are waived or after they have been waived under automatic transfers.

These are known as waiver hearings and reverse waiver hearings. Juveniles who are able to keep their cases within juvenile court jurisdiction generally enjoy a greater degree of leniency than they would otherwise find in criminal courts. Juveniles who are transferred to criminal courts are entitled to jury trials as a matter of right, if their offenses carry incarcerative penalties of six months or more. But in criminal courts, the death penalty may be applied in capital cases.

Waiver patterns and trends are sketchy, since few researchers have studied this phenomenon during the past few decades. An analysis of findings from existing studies suggests inconsistent patterns. However, it is apparent from much research that often, less serious juveniles are transferred to criminal courts rather than more serious ones. Subjective factors, such as one's chronicity or frequent appearances before juvenile judges or rebellious attitudes, often influence judges to transfer such cases out of their jurisdiction, simply to get rid of them. This is not the intended purpose of transfers, which is to provide for harsher penalties to be imposed on the most serious and dangerous juvenile offenders. Some jurisdictions report that this objective is being achieved, although many other jurisdictions report the waivers of large numbers of property and petty offenders. Automatic transfer laws have been enacted to minimize the subjectivity inherent in judicial discretion, but their implementation has been uneven and questionably effective.

Perhaps the answer lies in the greater application of blended sentencing statutes. These statutes overcome a number of obstacles that presently hamper efforts of juvenile courts to process delinquents as adults in criminal courts. Hearings are avoided, and a full range of constitutional rights is extended to those juveniles charged with serious offenses.

형사처벌을 위해 성인으로 취급되는 소년범들
Juveniles Treated as Adults for Criminal Prosecutions

Dean J. Champion*
최 인 섭(역)**

1. 서 론

(청)소년 폭력 범죄율은 비교적 안정적인 추세를 보인 10여년 이후 1988년에서 1994년 사이에 크게 증가했다. 1990년대 후반 소년폭력은 다소 줄어 들었지만 1987년에 비해 1996년에는 소년폭력범죄의 체포율이 60% 늘어났다. 1997년까지 여러 가지 범죄로 18세 미만의 210만명의 소년범이 체포되었다. 4.128명의 소년강간범이 체포되었고, 살인이나 교살로 2.172명, 강도는 39,037명, 중폭행으로 56,984명이 체포되었는데, 이러한 청소년 폭력 추세가 계속된다면 2010년까지 폭력범죄로 체포되는 청소년의 수는 2배로 증가할 것으로 추정되고 있다.

그렇다면 소년 사법제도가 이러한 범죄들에 어떻게 대응해야 할 것인가? 소년법원에 의한 제재의 한계는? 그들이 저지르는 범죄에 비추어 볼 때

※ 이 글은 2001년 10월 26일 한국형사정책연구원에서 미국 Texas A&M International University, Dean J. Champion 교수를 초청하여 강연한 내용을 번역·정리한 것이다.

* Professor of Criminal Justice, Department of Social Sciences, Texas A & M International University
** 한국형사정책연구원 선임연구위원, 범죄동향연구실장

어떤 소년들에게 더 많은 책임을 물어야 할 것인가? 어떤 소년들은 형사처벌로 더 쉽게 다뤄지는가? 형사처벌을 받아야 될 소년과 그렇지 않은 소년사이의 구분(한계)은 어떻게 해야 할 것인가?

(미국의) 소년 사법과정의 핵심적인 특징은 변호사와 검사사이의 당사자주의적 관계(adversarial relation) 이다. 엄벌주의 운동(get tough movement)이 지난 2-30년간 형사 및 소년사법제도에 공히 유지되었다. 형사범의 경우 엄벌주의는 좀더 엄격한 양형, 무거운 벌금 범죄에 대한 유죄확정을 피할 수 있는 허점들이 줄어들고, 혐의와 처벌을 최소화시킬 수도 있는 검사와 판사의 재량권의 감소 등을 의미하게 된다. 반면 소년범의 경우는 엄벌주의가 이전의 소년사법과정과 의사결정을 특징지웠던 전통적인 사회복귀적 관점(rehabilitative orientation)에서 탈피하여 좀더 처벌지향적인 제재, 시설수용의 확대(특히 좀더 심각한 소년범들에게), 좀더 많은 소년범들에게 그들 행위에 대한 책임을 묻게끔 강제되고, 가장 심각한 범죄자들을 좀더 자유롭게 소년법원에서 형사법원으로 송치(waivers)할 수 있게 되었음을 의미한다. 이러한 송치는 일부 소년범들에게는 강경노선을 의미한다. 여러 주에서의 근래 송치패턴과 추세를 살펴볼 것이다.

Ⅱ. 법원관할의 이전(흔히 소년법원에서 형사법원으로)
(Transfers, Waivers, and Certifications)

여기서 전이(transfers)라 함은 어떤 소년범에 대한 관할(jurisdiction)을 다른 관할로 바꾸는 것을 의미하는데, 흔히 소년법원관할에서 형사법원관할로 바뀌는 경우가 많다. 이 전이는 웨이버(waivers)로도 알려져 있는데 이는 소년법원판사의 권위로부터 형사 법원판사로 관할이 바뀌는 것을 지칭한다. 검사나 소년법원판사는 어떤 사건의 경우 소년범이 형사법원의 관

할로 웨이브되거나 전이될 것을 결정하기도 한다. 이러한 경우에 해당되는 사건들은 대개 가장 심각한 사건들로서, 살인, 중폭행, 강간, 강도 혹은 마약취급 사범등과 같은 폭력 및 심각한 범죄들이다. <이하 편의상 웨이버나 전이 (waiver or transfer)를 '형사이송'이라 부르기로 한다.>

유타주 같은 경우는 소년범이 'certification'(인증)이라고 알려진 과정을 통하여 형사법원으로 이송되는데, 이 certification은 형사법원에서의 형사처벌을 목적으로 주정부가 소년을 성인으로 선언하는 공식적인 절차이다. 따라서 certifications, 웨이버 그리고 전이(waivers and transfers) 공히 소년범이 성인범인 것처럼 처벌되는 형사법원의 관할에 처해지게 되는 결과를 야기한다. 예를 들어 14세 살인범의 경우 살인혐의로 형사처벌을 위해 형사법원으로 형사이송되게 되는 것이다. 그리고 이 경우 형사법원에서 소년은 성인인 것처럼 취급되면서 살인죄로 유죄확정되면 1년 혹은 그 이상의 징역형을 선고받게 되는 것이다. 또 만약 소년범이 중대한 살인죄(capital murder)로 기소되고. 16세 혹은 그 이상이고. 중대한 살인죄에 대해 사형이 집행되는 주에 살고 있다면 그는 그 범죄로 인한 최고 형벌로서 사형을 선고받을 수도 있는 것이다. 혹은 형사법원판사는 16세나 17세 소년범에게 가석방없는 종신형(life-without-parole sentences)을 선고할 수도 있다. 이 가석방없는 종신형이나 사형선고는 소년법원판사의 관할을 넘어서는 것이다. 그리고 이들의 관할은 소년범이 성인이 되면 끝난다. 따라서 소년법원에서의 중대한 살인혐의 심리는 소년범이 18세나 21세가 될 때까지 주 소년산업훈련학교(state industrial school)에 수용되는 결과를 낳을 수도 있다(성년 혹은 성인연령이 어느 것이냐에 따라).

1988년과 1992년사이에 소년법원에 의한 형사이송(waivers)은 68% 증가했다. 1991년에는 18세 미만의 약 176,000명의 소년이 형사사법원에서 성인으로서 처리됐다. 18세 미만의 소년을 포함하는 형사사건이 이렇듯 많은 이유 중의 하나는 많은 주에서 형사처벌목적으로 저연령에서도(15, 16 혹

은 17세에서도) 사람들이 성인으로 간주되기 때문이다.

1. 형사이송(Transfers, Waivers, Certifications)사용의 기초를 이루는 근거

형사이송을 사용하게 되는 기본 근거는 가장 심각한 소년범들이 사형을 포함하는 가장 가혹한 형벌이 제재로서 부과되는 형사법원의 관할로 형사이송될 수 있다는 점이다. 즉 소년법원은 산업훈련 혹은 개혁학교(industrial or reform school)에 제한된 기간의 수용처분 이상의 더 준엄한 처벌을 부과할 수 있는 관할이나 의사결정권을 소년법원이 가지고 있지 못하기 때문에, 형사이송은 대단히 폭력적인 범죄를 저지른 소년범들에게 가장 엄한 처벌을 부과하기에 이상적인 방법으로 보인다. 모든 주는 어떤 조건하에 있는 소년범이 하나 혹은 그 이상의 형사이송 조항에 의해 형사법원에서 성인처럼 처리될 수 있도록 하는 조항들을 지니고 있다.

이러한 형사이송을 사용하는 이유를 열거하면 다음과 같다.

① 좀더 가혹한 형벌이 가해지는 것을 가능케 하기 위해서

② 대단히 폭력적인 행위에 걸맞는 처벌을 받을 만한 소년범들에게 정당한 응보와 비례성있는 엄한 처벌을 부과하기 위해서

③ 심각한 범죄에 따른 처벌을 시행하는 데에 공평성을 확보하기 위해

④ 심각하고 폭력적인 범죄자에게 그들 행위에 대한 책임성을 더 묻기 위해

⑤ 심각한 범행을 생각하는 다른 소년들에게 형사사법제도가 제대로 작동하고 있으며 이러한 범행이 자행될 경우 준엄한 처벌이 기대될 수 있음을 보여주기 위해

⑥ 소년폭력을 감소시키기 위한 억제력을 제공하기 위해

⑦ 소년법원이 전통적으로 관대한 것을 극복하고 좀더 현실적인 제재를 제공하기 위해

⑧ 소년들로 하여금 그들 범행의 심각성을 인식시키고 참회와 책임감의 수용을 유도하기 위해

2. 형사법원으로의 형사 이송을 정당화시키는 이상적인 가해자 특징들

소년사법과정에서 형사이송 대상으로 지정된 소년범들은 어떤 일관성있는 특징을 보여야 할 것이다. 나이, 죄의 심각성, 전과기록(이전 형사이송, 접수처리 및 처리결과(intake proceedings and disposition), 혹은 소년법원의 비행심리) 등이 그것이다. 몇가지 비법적 요인들(extralegal factors)이 소년범이 형사법원으로 이송되는 가능성을 높이는 데 작용한다.

50개 주의 소년법에서 자료를 얻고. 내용분석을 사용하며 법원기록을 검색했고, 이송된 소년에 관한 결정, 상소법원(appellate courts)에 형사이송을 상소한 것 형사이송에 관련된 여러 법률저널의 논문 등을 연구하였다. 자료분석과 함께 85명의 법원관계자와 면담을 했고 34개 주의 127개 법원으로부터 1,423명의 대상자에게 설문조사가 시행되었다.

이런 연구결과 형사이송 대상이 됐던 소년들에 대해 몇가지 결론이 도출되었다. 첫째, 전과기록이 많거나 소년사법기관에 많이 연루되었던 소년들은 자주 구금되며 형사이송되었다. 둘째, 이러한 청소년들의 많은 수가 다양한 형태의 정서적 혼란(emotional disturbances)을 겪고 있었다. 이들은 또한 소년법원이나 조사관(Intake officer)들에 의해 제시되는 개입(interventions)을 받아 들이려 하지 않았다. 따라서 개입을 받아 들이려 하지 않는 태도는 형사이송결정에 불리하게 영향을 끼치는 중요한 비법적 요인이 되었다. 셋째, 형사이송된 소년법들은 자기수양(self-discipline)이 결여된 경향이 있었고 규칙이나 소년법원 판사에 의해 부과된 명령이나 조건부 제재를 준수하지 못했다. 따라서 어떤 제도적인 규칙을 따르려 하지 않는 태도는 형사이송결정에 영향을 끼치는 또 다른 비법적 요인이 되었다.

3. 형사이송된 소년범들의 실제 특징들

1994년, 12,400명의 소년범이 형사법원에 이송되었다. 대부분이 남자였으며 여자는 600명(0.5%)에 불과했다 그리고 소년법원에 접수된 모든 사건의 65%가 백인소년임에도 불구하고 형사이송된 모든 소년 중 약 6,800명(55%)은 흑인이거나 다른 소수인종이었다. 나아가서 대인범죄로 기소되어 형사법원으로 형사이송된 소년범들은 전체 형사 이송자의 42%에 불과했다. 재산범죄나 질서범죄(public order offenses)로 기소된 자의 약 46%가 형사법원으로 이송된 반면, 이송된 자의 약 10%가 마약범죄로 기소되었다.

그렇다면 왜 재산범과 질서범들이 형사법원으로 이송되는가?

관심있는 시민은 왜 소년법원이 재산범이나 질서법들을 형사법원으로 보내려 하는지에 대해 궁금해 할 것이다. 그런데 이들은 중폭행, 살인미수, 살인, 강간이나 강도 등을 저지르는 자들에 비하면 별로 심각하지 않은 자들이다. 소년법원판사들에 대한 연구에 의하면, 흔히 별로 심각하지는 않지만 자주 저지르는(persistent nonserious) 소년범들이 소년법원으로부터 이송되는데 그 이유는 소년법원판사들이 그들 법원에서 이들 동일한 소년범들을 자주 보는 것을 피곤해 하기 (싫어하기) 때문이라고 한다. 소년판사들은 그러한 상습범들이 형사법원으로 보내지는 것이 미래의 재범을 억제하는 더 좋은 방법이라고 믿는다. 이러한 판사들이 한편으로 이해하지 못하는 것이 있는데 그것은 형사법원 검사와 판사들이 이러한 단기 소년범들의 중요성을 무시하는 경향이 있다는 점이다. 적어도 이들 별로 심각하지 않은 재산범들의 절반은 기각되거나 전환되거나(diverted) 혹은 낮은 등급으로 취급된다. 또 다른 40%는 유죄인부협상(plea bargains)에 들어가고 형사법원판사로부터 보호관찰을 받아 낸다. 대부분의 형사법원판사들은 14세의 재산범이나 질서범을 만성적인 과밀화와 성적착취 가능성이 만연되어 있는 성인교도소에 수감하기를 원치 않는다. 따라서 매년 형사이송되는 별로 심각치 않은 소년법의 약 10% 만이 수개월 혹은 수년의 구금처우에 처해진다.

약 90%는 다시 이웃으로 돌아가서 재범을 계속하게 된다. 별로 심각치 않은 재산범, 질서범, 혹은 마약범들을 형사법원으로 이송시키는 요인으로서 소년법원판사들이 지적하는 것들을 보면 다음과 같다.

① 비록 재산범들이 특별히 심각하거나 폭력적이진 않지만, 그들의 만성적인 범행은 소년법원 판사들로 하여금 그들이 자주 나타나는 것에 대해 피곤하게 만든다; 이들을 형사법원에 이송하는 것은 "그들에게 교훈을 줄 것이다"("teach them a lesson").

② 어떤 관할지역에서는 소년법원판결의 미리 정해진 최대치를 초과하는 소년범들을 형사법원에 이송하는 것을 필요적으로(mandate)하고 있다; 이에는 재산법이나 질서범이 포함될 수도 있다.

③ 소년법원판사간의 개인적인 차이가 소년범의 죄질에도 불구하고 어떤 소년범이 이송될 것인가를 결정하기도 한다; 만약 판사가 특정 소년의 태도를 별로 좋아하지 않는 경우, 그는 형사이송될 것이다.

④ 모든 마약범죄(drug offense)는 형사법원에서 다뤄져야 한다. 따라서, 단순히 "통제된 물질(controlled substance)을 소지"한 혐의 (예, prescription medicine)만으로도 소년범을 형사법원으로 이송시키기에 충분할 수도 있다.

⑤ 한 소년법원 관할에서 심각하거나 폭력적인 범죄가 타 관할에서는 그렇게 간주되지 않을 수도 있다. 따라서 상이한 관할에서는 상이한 기준이 동일한 유형의 소년범에게 적용될 수 있다.

Ⅲ. 형사이송의 종류(Types of Waivers)

4가지 종류의 형사이송 행위(waiver actions)가 있는데 이는

① 사법적 웨이버(judicial waivers),

② 직접적인 파일(direct file),

③ 법령에 의한 제외(statutory exclusion),
④ 요구에 의한 웨이버(demand waivers) 등이다.

1. 사법적 웨이버(Judicial Waivers)

매년 소년에서 형사법원으로의 가장 많은 수의 형사이송(waivers)은 직접적인 사법행위의 결과로 나타난다. 이 사법적 웨이버는 소년법원 판사에게 사건을 형사법원으로 이송할 지 여부를 결정하는 권위를 부여하고 있다.

3종류의 사법적 웨이버가 있다. 첫 번째 유형은, 재량적 웨이버(discretionary waivers)로서 판사로 하여금 소년에 대한 관할을 포기하고 사건을 형사법원으로 이송하도록 힘을 실어준다. 이러한 유형의 웨이버 때문에 사법적 웨이버가 간혹 discretionary waivers로도 알려져 있다. 두 번째 유형은 필요적 웨이버(mandatory waiver)이다. 이 경우 소년법원판사는 해당 소년이 추정되는 범죄(alleged offense)를 저질렀다고 볼 수 있는 상당한 이유가 존재하는 경우에는 반드시 이송해야 한다. 세 번째 유형은 추정적 웨이버(presumptive waiver)로서 이 경우 형사이송 결정에 관한 입증책임(burden of proof)은 주에서 소년범에게로 옮겨간다. 어떤 소년범들의 경우 그들이 소년 사회복귀(juvenile rehabilitation)에 적합하다는 것을 밝히지 않으면 형사법원으로 이송될 것이 요구된다.

사법적 웨이버는 그 주관성(subjectivity) 때문에 자주 비판을 받는다. 동일한 죄명으로 기소된 2명의 소년범이 동일한 판사앞에 상이한 시간에 나타날 수도 있다. 그들에 대해 형성된 인상에 의해 한명은 형사법원으로 이송되고 다른 한명은 소년법원에서 심리를 받게되는 결정을 할 수도 있는 것이다. 분명히, 비법적인 요인이 이러한 중요한 행위에 침투하게 되는(영향끼치는) 것은 불공정성(unfairness)과 불평등(inequality)을 야기한다. 소년범의 외모와 태도가 판사의 눈에 그 소년을 들게 할 수도 혹은 그렇

지 않을 수도 있게 하는 중요한 요인으로 대두되는 것이다. 이러한 사회경제적, 행위적 기준은 간혹 추정되는 범죄의 심각성이나 경미성을 간과하게도(overshadow) 한다. 이 특정유형의 형사이송 맥락에서 보면, 어떻게 어떤 상습적이지만 비폭력적인(persistent, nonviolent) 소년범이 형사법원으로의 이송을 겪게 되는지를 쉽게 알 수 있다. 이것은 판사가 이들을 제거하는 쉬운 방법인 것이다.

대부분의 관할에서 판사들에게 이러한 재량권이 있지만 소년범들은 형사이송에 대해 항의할 수 있는 청문회에 대한 자격이 여전히 주어진다. 형사법원이 소년범에게 좀더 가혹한 형벌의 가능성이 있다는 면에서 위험성(risks)을 제기하는 것은 사실이지만, 성인으로서 재판받게 되는 것이 배심(jury)에 의한 재판권을 포함하여 성인으로서 지니는 모든 헌법적 안전장치들을 소년범에게 부여하게 되는 것도 사실이다. 그리하여 어떤 소년범들은 웨이버(혹은 transfer)에 대해 투쟁하길 원치 않을 수도 있는데 이는 주로 그들이 형사법원에서 더 관대하게 다뤄질 수도 있기 때문이다.

2. 직접적 화일(Direct File)

소년범들이 접수단계에서 스크린되고(screened) 처벌을 위해 소년법원으로 이송될 때마다 여러 관할에서의 검사는 이러한 소년들을 추가적으로 더 추스려 낸다 (screenings). 검사들은 어떤 사건들이 추가적인 조치가 필요하고 판사에 의한 공식적 심리가 필요한 지를 결정한다 접수관(intake officers)에 의해 검사에게 보내진 모든 사건들이 자동적으로 공식적인 소년법원의 조치로 이어지는 것은 아니다 검사들은 어떤 사건들은 기소하기를 거부하기도 하는데 이런 경우는 특히 목격자가 실종되었거나 증언하기를 거부하는 등 목격자에 문제가 있거나, 증거에 관한 문제가 있거나. 또는 소년법원의 심리예정표(dockets)가 꽉 차 있는 경우들이다. 비교적 적

은 비율의 사건들이 형사법원으로의 이송이 보장된다.

직접적 화일하에서는 검사가 특정 소년사건이 형사법원에서 심리될지 혹은 소년법원에서 심리될 지를 결정하는 유일한 권한을 가지고 있다. 본질적으로 검사는 어느 법원이 소년에 대해 관할을 가질 것인가를 결정한다. 직접적 화일권을 가지고 있는 검사는 동시관할권(concurrent jurisdiction)을 지니고 있다고 얘기된다. 이것은 direct file의 또 다른 이름이기도 하다. 예를 들면, 플로리다 주에서는 검사가 동시관할권을 가지고 있어서, 소년범에 대해 심각한 기소(예, 살인, 강간, 중폭행, 강도)는 형사법원에 하고 기소조치를 위해 대배심에 사건을 제시할 수도 있는 반면, 동일한 사건을 소년법원에 접수시키는 결정을 할 수도 있다.

3. 법령에 의한 제외(Statutory Exclusion)

이 제외는 어떤 소년범들은 소년법원의 본래 관할에서 자동적으로 제외됨을 의미한다. 여러 주의 입법부(주의회)에서는 소년법원의 관할에서 제외되는 범죄유형의 리스트를 선언해 놓고 있다. 여기에 추가해서, 특정연령 범위도 포함해 놓았다. 일리노이 주같은 경우는 16세 소년이 살인, 강간, 혹은 중폭행으로 기소될 때에는 이 소년은 소년법원의 관할에서 자동적으로 제외되고 형사법원으로 보내진다. 1997년에는 16개 주에서 이러한 제외조항을 가지고 있었다. 주의회(state legislatures)에서 이러한 조항을 만들기 때문에 간혹 입법적 웨이버(legislative waiver)라고도 불리며, 또한 관련 법조항에 의해서 자동적으로 웨이버되므로 자동웨이버(automatic waiver)라고도 알려져 있다.

4. 요구에 의한 웨이버(Demand Waiver)

어떤 조건하에서 그리고 일정한 관할에서는 소년범이 요구에 의한 웨이버를 요청할 수도 있다. 이러한 웨이버는 소년이나 그의 변호사에 의해 소년법원에서 형사법원으로 사건이 이송될 것을 요청하는 것이다. 그렇다면 왜 소년범이 그들 사건이 형사법원으로 이송되기를 원하는가?

한 이유는 대부분의 미국 관할에서는 소년법원에서 소년범에게 하나의 권리로서의 배심판결(jury trials)을 제공하고 있지 않다(Mckeiver v. Pennsylvania, 1971). 그러나 미국전체의 1/5에 해당하는 주는 소년범의 요청이 있거나 그들에 대한 기소의 성격에 따라 배심판결을 위한 조항을 확립해 놓고 있기도 하다. 나머지 주들에서는 소년범에 대한 배심판결은 소년법원 판사의 재량에 의해서만 허용된다 대부분의 소년법원판사는 소년범에게 대배심(grand jury trials)을 허용하려 하지 않는다. 따라서 소년범들은 1) 그들이 소년법원판사에게 배심판결을 요청한다해도 배심판결의 자격이 부여되어 있지 않은 관할에 있고, 2) 중대한 기소에 처해 있으며, 3) 그들 사건이 형사법정의 배심으로부터 더 공평하게(greater impartiality) 고려될 수 있다고 믿게 되는 경우, 형사법원으로 이송되기 위하여 이 요구에 의한 웨이버를 추구하게 된다. 플로리다 주에서는 여러 웨이버 옵션 중의 하나로 이 웨이버를 허용하고 있다(Bilchik, 1996:3).

5. 기타 웨이버

가. 역송 웨이버(Reverse Waiver)

이것은 흔히 검사의 추천에 의해서, 직접적인 화일이나 법령에 의한 제외사건들을 형사법원에서 소년법원으로 되보내는 형사법원의 행위이다. 전형적으로, 이러한 역송청문회에 관여하게 되는 소년범들은 법령에 의한 제외로 인해 자동적으로 형사법원에 보내졌던 사례들이다. 따라서 형사법원

의 판사는 적어도 일부 이러한 소년범들을 소년법원의 관할로 되돌려 보낼 수 있는 것이다. 이러한 역송조치는 변호사들에 의해 그들의 고객을 대신해서 야기될 수도 있다.

나. 한번 성인/영원한 성인 조항(The Once An Adult/Always An Adult Provision)

이 조항은 해당 소년에게는 아마도 가장 심각하고 그 효과가 오래가게 된다. 이 조항은 한번 소년범이 형사법원에서 유죄확정을 받게 되면 형사처벌의 목적으로 이 소년범은 이후 영원히 성인으로 간주됨을 의미한다. 한 예로 버몬트 주에서 12세 소년이 형사법원으로 이송되어 결과적으로 유죄확정을 받았다고 하자. 나중에 15세가 되어 이 소년이 또 다른 범죄를 저지르게 되면 (예컨대 차량절도) 그는 형사법원의 처벌에 직면하게 된다. 따라서 형사법원에서 유죄확정을 받았다는 사실은 그 소년범이 영원히 소년법원에 접근할 수 없음을 의미하게 된다. 1997년 현재 31개 주가 이러한 조항을 갖고 있었다.

흥미롭게도, 이 조항이 언뜻 보는 것처럼 불길한(ominous) 것은 아니다. 어떤 관할에서는 이전에 유죄확정받은 개별 소년범들을 추적관리할 것이 요구되고 있는데 이러한 기록유지(record-keeping)가 다른 관할에서는 그렇게 정교하지 않을 수도 있다. 어떤 소년범들은 그들이 원래 유죄확정된 관할로부터 단순히 이사해 나갈 수도 있는 것이다. 캘리포니아 주에서 유죄확정 받은 14세 소년범들이 노스타코다나 버몬트 주로 이사가게 되면 그들은 그곳 소년법원에서 초범으로 취급받을 수도 있게 되는 것이다. 노스다코다나 버몬트 주의 소년법원이 이 14세 소년이 캘리포니아 주에서 유죄확정을 받았다는 것을 어떻게 알겠는가? 전 미국을 통해 볼 때 소년법원간의 정보공유는 극히 제한적이거나 존재하지 않는다. 따라서 이 조항

의 의도는 단순히 새로운 관할을 찾게 되면 무너질 수 있는 것이다.

가장 흔한 웨이버 유형은 사법적 웨이버이며 1997년 현재 46개 주에서 이사법적 웨이버 조항을 가지고 있었다 또한 약 반 정도의 주에서는 (28개 주) 법령에 의한 웨이버 조항을 가지고 있었다 자동적 웨이버나 입법적 웨이버에서 비롯되는 역송웨이버는 1997년에 23개 주에서 사용되었고 31개 주는 한번 웨이버/영원한 웨이버 조항을 제정하였다.

Ⅳ. 소년범에 대한 웨이버 청문회의 시사점

형사법원으로의 이송에 대해 항의하거나 투쟁하든가 혹은 역송 웨이버를 얻으려 시도하는 소년범들은 소년사법제도에 잔류하여 성인으로 취급받고 소년법원판사에게 심리받기를 원한다. 그러나 형사이송의 대상이 되는 모든 소년범들이 이송에 대해 열렬히 저항하려 하는 것은 아니다. 죄의 성격, 전과, 그리고 각 법원이 부과하는 가능한 처벌 등에 따라 소년범들에게 몇 가지 중요한 시사점들이 있다. 제대로 된 상황에서는, 형사법원으로 이송되는 것이 소년법원에 남았더라면 통상 누릴수 없는 상당한 장점을 제공하기도 한다. 이어서 형사이송되는 불리한 점이 가져 올 수 있는 주요 장점에 대해 검토한다.

1. 소년법원의 심리(판결)에서 오는 긍정적 혜택

소년법원에서 심리되는 것이 지니는 긍정적 혜택(positive benefits)으로서

① 소년법원 절차는 형사적인 것이 아닌 민사적인 것이다 . 따라서 소년범은 형사전과를 얻게 되지 않는다.

② 소년범은 구금형을 받을 가능성이 적다.

③ 형사법원판사에 비해, 소년법원판사는 심리 전이나 심리시에 소년의 생애기회(life chance)에 영향을 끼치는 데 더 않은 재량을 가지고 있다.

④ 소년법원이 전통적으로 형사법원보다 더 관대하다.

⑤ 좀더 엄격한 정책(greater get-tough policy)에 대한 대중적인 지지에도 불구하고, 소년사법제도에서 처리되는 소년범들에게 대중들이 더 많은 동정심을 갖는다.

⑥ 형사법원과 비교해 볼 때, 소년법원은 어떤 소년이 다른 관할의 소년법원에서 비행으로 심리받았는지를 결정할 수 있는 정교한 정보공유체계를 가지고 있지 못하다.

⑦ 종신형과 사형은 소년판사의 관할 밖에 있어서 이러한 처벌을 부과할 수 없다.

첫째, 소년법원은 민사적이기 때문에 심리된 소년범이 성인이 되면 소년범의 심리기록은 억제되고 삭제되거나 혹은 누락된다. 또한 소년법원판사들은 보호관찰 혹은 구두 경고나 질책 등을 하는 등 온정적으로 행동하곤 한다.

네 번째 장점은 소년법원이 전통적으로 소년범을 관대하게 처우한다는 것이다. 이는 처벌로서 표준적인 구금형을 부과할 수도 있는 움직일 수 없는 정책 때문이기 보다는 소년범을 다루는데 있어 우선 순위의 영향으로 인한 기능인 것으로 보인다. 이러한 균형있는 접근은 소년범을 사회복귀하게 하는 (갱생케 하는, rehabilitation) 그런 기술(skills)을 특히 강조한다는 면에서 대체로 생산적인 것이다. 시민들의 마음속에는 사회복귀를 관대함과 동일시한다. 재범율이 상대적으로 낮은 관할에서 거주시설(residential placement facilities)을 많이 사용한다.

다섯 번째 장점은 죄를 저지른 소년범에 대한 동정이 양형시 쉽게 확대된다는 것이다. 많은 소년범들은 사회적·경제적인 여건 때문에 어려움에 처하게 된다. 필요로 하는 서비스를 제공할 뿐만 아니라 법에 대한 존경심

을 촉진하기 위해서는 적절한 지역사회 시설을 통해 집행되는 개별화된 처우가 필요할 것이다. 특히 별로 심각하지 않은 소년범과 비폭력적인 경미한 범죄로 기소되는 곳에서는 필요적 다이버젼 정책이 대중적인 지지를 받기도 한다.

(여섯번째와 관련해서) 소년법원은 보통 다른 소년법원과 정보교환을 하지 않는다. 소년범에 대한 지역적 통제(local control)는 이러한 제한된 목적(즉 지역적 통제)만을 성취한다 따라서 소년범이 다른 관할로 옮겨가서 재범을 저지를 수도 있으며, 여기서는 다른 관할에서 잡히더라도 최초의 관할에서의 재범으로 취급되지 않는다 이것은 소년범에게는 유리한 것인데 왜냐면 소년범이 광범위한 범위에 걸쳐 인접한 관할에서 여러 범죄들을 저지르려 할 수도 있기 때문이다. 한 관할에서의 그들의 행동이 본래 관할지역의 소년사법관계자들의 눈에 띠게 될 확률은 대단히 적다.

(7번째 장점과 관련해서) 일부 소년법원 관할에서의 배심판결의 가능성에도 불구하고 종신형과 사형을 부과하는 것은 소년법원판사의 관할을 벗어나는 것이다. 따라서 소년범이 소년법원 판사에게 처분을 위해 오게 되고 특히 심한 폭력적 혹은 중대한 범죄를 저질렀다고 해도 소년판사가 가질 수 있는 옵션은 제한되어 있다. 아마도 오랜 기간 동안 소년시설에 수용(incarceration in a juvenile facility)토록 하는 것이 가장 강력한 제재일 것이다.

2. 소년법원 실리가 지니는 별로 유리하지 않은 시사점

소년법원은 그리 완전치 못하며 어린 소년범들에게 불리할 수도 있다. 주요 제한점을 보면 다음과 같다.

① 소년법원 판사는 심각하고 위험한 소년범 뿐만 아니라 지위비행자에게도 장기의 구금형(sentences of incarceration)을 행사할 수 있는 권한을

가지고 있다.

② 대부분의 주에 있어서, 소년법원은 소년범에게 배심에 의한 판결을 제공하지 않도록 되어 있다.

③ 소년범을 다루는데 있어서의 폭넓은 재량 때문에. 여러 가지 혐의로 소년판사 앞에 서게 되는 많은 소년범들을 판사가 덜 처벌할 수도 (underpenalize) 있다.

④ 소년범들은 형사법원에서의 성인들이 누리는 바와 같은 범위의 헌법적 권리를 누리지 못한다.

(①과 관련해서) 소년범에 불리하게도, 소년법원판사는 범죄가 별로 심각하지 않거나 경미한 데 관계없이 단기 또는 장기의 확고한 구금형을 부과할 수 있다. 골트(In re Gault. 1967) 사례를 보면, 15세인 골트에게 이웃 여성에게 음란한 전화를 했다고 해서 아리조나주의 산업훈련학교(Arizona State Indusrial School)에 거의 6년에 가까운 형이 부과되었다. 이 형은 주석 소년법원판사에 의해 골트에게 임의로(전횡적으로) 부과되었는데, 동일한 범죄를 저지른 성인 경우는 50불 벌금이나 지역유치장(jail)에 30일까지 처할 수도 있는 것이다. 골트 사건에서는 형이 너무 과도했고 헌법적인 불규칙성(constitutional irregularities)도 있었다. 이 비상한 구금형은 나중에 여러 가지 헌법상의 근거로 인해 번복되었다.

(②와 관련해서) 소년법원의 또 다른 단점은 소년범에게 배심판결을 부여하는 것은 대부분 검사와 소년법원판사의 재량이라는 것이다 판사가 허용하는 경우 또 배심판결이 요청되는 경우에는 소년범은 일부 관할에서는 배심판결을 받을 수도 있다. 이러한 관행은 38개 주의 소년법원에서 흔히 있으며, 나머지 주에서는 특정 상황에서만 배심판결을 요청하여 받을 수 있다. 달리 말해서, 적어도 12개의 주의회에서는 소년범이 요청에 의하여 배심판결을 받는 것을 가능하게 하였으며, 그러한 배심판결을 요청하기 위한 상황은 형사법원에서 피의자가 배심판결을 요청하는 것과 대단히 유사

하다. 다시 한번 우리는 소년법원과 형사법원 절차를 각각 고수하는 민사와 형사의 구별(차이)을 고려하여야 한다. 예컨대 소년법원에서의 배심판결은 소년이 형사전과를 얻음이 없이 민사적 성격을 유지하는데 비해, 성인 형사법원의 배심판결은 유죄확정이 되면 범죄자가 형사전과를 획득하게 된다는 것이다.

(③과 관련해서) 소년절차의 세 번째 제한점은 대부분의 소년법원 판사에 의해 향유되는 폭넓은 재량권이 자주 남용된다는 것이다. 이러한 남용은 주로 지나친 관용의 형태를 띠며 소년절차의 심리단계에서만 나타나는 것은 아니다. 이러한 관용과 재량권 때문에 많은 소년법원은 일반 대중과 소년사법전문가들로부터 비판을 불러 일으키고 있다. 공통적인 비판은 소년법원이 지나치게 보호관찰이나 다이버전을 사용함으로써 책임성의 문제(accountability issue)를 무시하고 있다는 것이다.

(④와 관련해서) 소년법원에 대한 또 다른 비판은 소년범들이 형사법원의 성인들에게 적용되는 전 범위에 걸친 헌법적 권리를 누리지 못하고 있다는 것이다. 많은 관할에서는 절차에 대한 기록이 미리 특별한 준비를 하지 않는 한 심각한 혐의가 제기된 소년에게 작성되거나 보관되지 않는다. 그리하여 이러한 관할에서 소년법이 상급법원의 판결에 대해 상소하여 문제제기가 상급법원에 어필하는 경우 의존할 만한 서면기록이 있을 수도 또 없을 수도 있는 것이다.

Ⅴ. 웨이버 패턴과 추세

아마도 전 미국에 걸쳐서 웨이버패턴에 가장 중요한 변화는 1992년과 1996년사이에 일어났을 것이다. 이 기간동안 10개 주를 제외한 모든 주는 소년범을 형사법원의 성인으로 처벌하는 것을 더 용이하게 만들기 위해

법을 채택하거나 개정하였다. 소년범죄에 대해 이렇듯 단호하게 된 이유는 1) 소년의 사회복귀(갱생, rehabilitation)가 재범방지에 별로 효과적이지 못했고, 2) 점점 더 폭력화되어 가는 소년범 집단에 합당한(deserved)성격과 유형의 처벌을 부과할 만큼 소년사법 제도가 충분히 처벌적이지(punitive) 못했다는 점이다.

소년법들을 형사법원의 처벌에 좀더 따르게(amenable) 만드는 주된 방법은 ① 그들이 형사법원에서 성인으로서 처리될 수 있는 연령을 낮추고, ② 소년범으로 하여금 형사법원의 조치를 위한 성인으로 자격지우는 범죄의 수를 확대하고, ③ 소년범이 여러 범죄로 인해 형사법원으로 이송될 수 있는 연령을 낮추는 것이다.

형사법원으로의 이송을 늘리는 것은 이송된 소년이 소년법원에서 부과될 수도 있는 것보다도 더 넓은 범위의 처벌에 노출될 수 있음을 의미한다. 사형이 대부분의 주 형사법원에서 중대한 범죄에 대한 궁극적인 처벌이지만, 집행(execution)은 소년법원의 관할을 넘어선다. 소년범이 형사이송된다고 해서 자동적으로 처벌받는 것은 아니다. 나아가서 형사이송되는 것이 좀더 엄한 처벌이 부과됨을 (비록 웨이버의 주된 기능이긴 하지만) 뜻하는 것도 아니다.

일단 성인법원으로 형사이송된 후 소년범들에게 어떤 일이 일어나는 지에 대해선 별로 알려진 것이 없다. 1980년과 1988년 사이에 4개의 남부 주 일부 카운티에서 형사이송된 소년범의 최종처분결정에 대한 연구는 다른 연구자들의 뒤이은 연구결과와 일치한다. 예를 들면, 1980년에서 1988년 사이의 3,424회의 형사이송 청문회 중 2.818(82%)건에서 형사이송이 결정됐다. 그러나 이러한 성공적인 웨이버 청문회에서 재산범의 비율은 수 년 동안 19%에서 약 50%로 증가했다. 1996년에는 모든 형사이송 소년범의 약 58%가 재산범죄, 마약범죄, 혹은 질서범죄들에 관여하였다. 형사이송된 자들 중 42%만이 심각하거나 폭력적인 범죄로 기소되었다.

이러한 연구결과들은, 적어도 이런 관할에서는 다양한 범죄로 인해 형사법원으로 소년범들이 이송되었을 때 그들이 소년법원에서 받을 수도 있는 것보다 더 심한 처벌을 받은 것은 아니라는 점을 제시해 준다. 다른 연구도 형사이송이 가장 심각한 범죄자를 가려내기 위해 사용되는 것은 아니라는 점을 제시한다. 더욱이, 형사법원으로 이송된 소년범들은 그들이 소년법원에서 받았을 수도 있는 것과 비교해 볼 때 더 심한 처벌을 받고 있지는 않았다. 이러한 형사이송은 장식용이며(cosmetic), 소년법원에서 만성적인 재범자들을 (주로 재산범들) 제거하기 위해 사용되는 주로 대중을 달래기 위한 탈출 밸브(public-placating escape valves)라는 점이 지적되어 왔다. 플로리다, 일리노이, 그리고 뉴욕 같이 다양한 주의 자동 형사이송법들은 일관성없는 패턴이 전개됐음에도 불구하고 원하는 바의 효과를 보고 있는 것 같다.

처분을 위해 형사법원에 결국 도달하게 되는 사건들의 유형과 이러한 사건들이 궁극적으로 정리되는 방식이라는 관점에서 보면, 소년법원 검사와 판사들이 웨이버를 위해 지정하는 사건들에 있어 대단히 선택적인 (selective) 것처럼 보인다. 이론적으로 말하면, 형사이송되는 사건들은 가장 심각한 사례들만이며, 여기서 소년법들에게 심리중인 혐의들은 주로 살인, 강간, 강도, 그리고 중폭행같은 강력범죄로 구성되어 있음직하다. 적어도 몇몇 관할에서는 이런 식으로 작동되는 것처럼 보인다.

Ⅵ. 혼합된 양형법 : 실행가능한 해결책? (Blended Sentencing Statutes : A Viable Solution?)

최근에, 많은 주들은 사회복귀의 역할을 감소시키고 소년사법제도에 있어서 공공의 안전, 처벌. 그리고 책임성의 중요성을 강조함으로써 소년법원의 목적과 역할을 입법적으로 다시 정의해 왔다. 소년법원판사에게 가용한 처분이나 앙형 옵션에 있어 가장 급격한 변화 중의 하나는 혼합된 양형(blended sentencing)이라는 것이다. 이는 소년법원에서 심리(판결)되거나 형사법원에서 유죄확정된 심각하고 폭력적인 소년범(심각한 폭력사범)에게 소년과(혹은)(and/or) 성인의 교정적 제재를 부과하는 것이다. 혼합된 양형 옵션은 흔히 나이 혹은 나이와 범죄의 조합에 근거한다.

다섯가지 혼합된 양형 모델이 있는데 이는

① 소년-제외 혼합형(juvenile-exclusive blend);
② 소년-포함 혼합형(juvenile-inclusive blend);
③ 소년-연속 혼합형 (juvenile-contiguous blend);
④ 형사-제외 혼합형(criminal-exclusive blend);
⑤ 형사-포함 혼합형(criminal-inclusive blend); 등이다

1. 소년-제외 혼합형(Juvenile-Exclusive Blend)

이 형태는 소년법원 판사에 의한 처분으로 소년교정시설에 처하게 하거나 성인교정시설에 처하게 하는 것으로서 두가지 모두는 아닌 처분이다. 따라서 판사는 중폭행혐의의 소년범에게 소년 산업훈련학교(juvenile industrial school)에 3년을 수용케 하거나 혹은 성인교도소에서 3년을 복역케 할 수 있다. 이 모델에서는 2가지 종류의 처벌을 함께 부과할 수 없다.

1996년에 뉴멕시코 주만이 이러한 옵션을 소년판사에게 제공하고 있었다.

2. 소년-포함 혼합형(Juvenile-Inclusive Blend)

이것은 소년법원판사에 의한 처분으로서 소년교정에 의한 제재와 성인 교정시설에 의한 제재를 함께 부과하는 처분이다. 이런 경우 15세의 차량 절도범을 심리했다고 하면, 판사는 소년훈련학교나 개혁학교(reform school)에 2년 수용처분을 내리고 성인교도소에 추가로 3년 복역하는 형을 부과할 수 있는 것이다. 그러나 성인 교도소 복역형은 소년범의 본래 처분의 하나 혹은 그 이상의 조건(준수사항)과 그에 수반하는 조건을 위반하지 않는 한 흔히 유예된다. 통상, 이러한 유예는 18세나 21세가 될 때까지 유예되지만, 만약 새로운 범죄를 저지르거나 한 개 이상의 준수 사항을 위반하게 되면 그 소년범은 본래 부과된 2번째 형을 다하기 위해 성인교도소에 즉시로 수감된다.

3. 소년-연속 혼합형(Juvenile-Contiguous Blend)

이것은 소년법원 판사가 관할에 의한 연령 한계를(age limit) 초과하는 처분을 내리는 것을 말한다. 소년법원 관할의 연령한계에 다다르게 되면 사건을 성인교정 관할로 이송시키기 위한 여러 절차들이 제기된다. 1987년 텍사스 주의회는 이러한 모델의 예가 되는 정기형 법(determinate sentencing law)을 제정하였는데, 이 경우 어떤 범죄에 대해서는 소년법원이 연장된 관할 (extended jurisdiction)을 넘어서서 효력이 유지되는 형을 부과하게 된다.

예를 들면, 텍사스 주에서 15세 소년범이 살인혐의로 1-30년 사이의 정기형을 받은 경우, 소년법원 처분시에는 텍사스내의 소년훈련시설

(industrial or reform school)에 수용된다. 그러나 그 소년이 17 1/2살이 되게 되면 소년법원은 청문회를 열어서 그를 성인교정시설에 보내서 잔형의 일부 혹은 전부를 복역케 할 것인지를 결정해야 한다. 이러한 청문회에서 소년은 그가 많이 교화되었고 더 이상 수용될 필요가 없음을 보여주는 유리한 증거들을 제시할 수도 있다. 그러나 검사에 의해 수용시설에서의 부정행위의 증거들이 제시되어 그 소년이 텍사스 교도소에서 수년을 더 복역해야 한다고 제기될 수도 있다. 이러한 청문회는 소년수용시설에 있는 동안 자신의 행동을 개선시킬 수 있도록 하는 인센티브로 작용할 수도 있다. 그래서 어떤이들은 이 모델이 심각하고 폭력적인 소년범들을 처벌하기에 가장 효과적이라고 믿고 있다.

1995년 텍사스 주의회는 좀더 준엄한 양형에 처해 질 수 있는 범죄의 수를 확장하였으며, 1997년에는 범죄를 더 추가하였다. 1997년 10월 텍사스 형사사법정책위원회는 소년법원에서 정기형 처분을 받은 소년범들의 특성을 담은 보고서를 발간하였는데, 이에 따르면 1990년과 1996년 사이에 정기형으로 텍사스 청소년 위원회(Texas Youth Commission)에 위탁된 소년범의 수는 4배 이상(48에서 207로) 증가하였는데 이는 총 위탁의 8%로서 1990년의 2%와 비교가 된다.

4. 형사-제외 혼합형(Criminal-Exclusive Blend)

이것은 형사법원 판사가 소년법원의 제재를 할 것인지 혹은 형사법원의 제재를 할 것인지를 (두 가지 모두는 안됨) 정하는 결정이다. 예를 들면, 강간혐의로 형사법원으로 이송된 15세 소년범에 대해 형사법원 판사가 심리한 후 형사법원에서 배심판결로 유죄확정이 되었다면, 이때 판사는 두가지 옵션을 가지게 된다: 성인 교정시설에 징역형을 부과하거나 소년시설에 수용되도록 구금형을 부과할 수 있는 것이다.

5. 형사-포함 혼합형(Criminal-Inclusive Blend)

이 모델은 형사법원 판사가 소년처벌과 형사처벌을 동시에 부과하는 결정을 의미한다. 앞에서 본 소년(법원)-포함 혼합형 모델에서와 같이 뒷부분의 형사처벌은 소년처벌단계에서의 선행(善行)에 따라 유예될 수도 있다. 예를 들면 13세의 살인 미수혐의가 확정된 소년범의 경우(이 소년이 운행중 총격을 했고 갱멤버라고 하자), 형사법원 판사는 소년시설에의 5년 수용처분을 하고 동시에 성인 교정시설에서의 (소년시설 5년에 곧 이어서) 20년형을 부과할 수 있는 것이다. 그러나 성인 부분의 형은 소년범이 5년 동안 시설에서 어떻게 행동했는가에 따라 유예될 수도 있는 것이다. 이 모델에는 추가적인 선회(꼬임, twist)가 있다. 만약 소년범이 소년시설에 있으면서 준수사항들을 위반하게 되면, 판사는 그 형을 취소하고 성인시설에서의 구금형을 시행할 수 있는 권한을 가지고 있다. 따라서 교화됐다는(rehabilitation) 증거를 소년범이 보일 수 있다면 상당히 강력한 인센티브가 제공되는 셈이다.

위에서 살펴 본 혼합된 양형 법령들은 소년범원과 형사법원 판사들에게 폭넓은 처분과(이나) 양형에 관한 옵션들을 제공하기 위한 것이다. 1980년대와 그 이전에는 소년법원들은 악명높을 정도로 소년범에게 관대했었다.

소년법원 판사들의 처분은 대개 명목적이거나 조건부적이어서 구두 경고나(와) 보호관찰을 부과하는 정도였다. 보호관찰이 대부분의 소년법원에서 제재로서 선택되어 왔으나, 많은 주들은 소년 및 형사법원 판사들에게 좀더 강력한 제재력을 부여해 오고 있다. 예컨대 콜로라도, 아칸사스, 미주리 같은 주에서는 소년판사들이 본래의 관할권을 넘는 제재들을 부여하는 것이 가능해졌다. 이렇듯 폭넓고 좀더 강력한 처분 및 양형 옵션들로 인해 심각한 범죄에 대해 소년범들에게 더 많은 책임성을 물을 수 있게 된 것이다.

몇 가지 중요한 추세들을 보면 소년범들을 다루는 데 있어 소년 및 형사법원 판사들이 보여준 이전의 느슨함과 강력소년범죄에 대한 일반인들의 반응을 알 수 있다 처벌이 사실상 부재했음이 명백했으며, 비행소년들 사이에선 경찰에 잡히더라도 별 일이 없다고 알려져 있었다. 그러나 소년기록의 비밀성(confidentiality)을 규제하는 법령을 바꾸고, 이러한 기록에 대한 일반인과 미디어의 접근 가능성을 늘리고, 성년 연령과 형사이송이 가능한 연령을 낮추는 등등의 일들은 모두 소년법들의 심각한 범죄 재범을 억제하기 위한 엄격주의운동(get-tough movement)의 일부이다.

Ⅶ. 요 약

소년범들의 폭력성과 전 미국에 걸친 폭력성증가에 대한 대중들의 인식은 엄격주의운동(get-tough movement)이 소년사법제도에까지 침투하게 하였다. 관할에 따라 여러 종류의 형사이송이 사용되기도 한다. 가장 일반적인 형사이송, 즉 사법적 혹은 재량적 웨이버는 특정 소년사건이 소년법원이 아닌 형사법원에서 심리될 것을 요구하는 소년판사들의 독자적인 결정이다. 또한 검사에 의한 웨이버는 검사가 특정 소년범들을 소년법원에서 형사법원으로 이송시키는 결정이다. 많은 관할에서는 특히 심각한 사건들을 형사법원으로 자동적으로 이송시키는 입법적 조항들을 가지고 있다.

이송되는 소년범들의 특징은 관할에 따라 대단히 다양하다. 그러나 대부분의 이송되는 소년범들은 비행 이전의 판결 소년사법기관에 다른 형태로 연루되는 등의 전과를 가지고 있다 많은 경우 15세이거나 그 이상이고 추정되는(alleged) 범죄들은 특히 심각하다. 모든 소년범들은 그들 사건이 이송되기 전이나 자동 형사이송으로 이송된 이후에 청문회를 가질 수 있다. 이것들은 웨이버 청문회 (waiver hearings)와 역송웨이버 청문회 (reverse

waiver hearings)라고 불린다. 소년법원 관할에서 사건처리를 할 수 있는 소년범들은 형사법원에서 달리 겪을 수 있는 정도보다 더 큰 관대함을 누리기도 한다. 또한 형사법원으로 이송된 경우 그들 범죄가 6개월 또는 그 이상의 구금형일 때에는 권리로서 배심판결을 받을 수도 있다. 그러나 형사법원에서는 중대한 사안의 경우 사형이 적용될 수도 있다.

웨이버 패턴이나 추세에 대해서는 대단히 개략적인 파악에 그치고 있는데 이는 지난 수십년간 이에 대한 연구가 별로 없었기 때문이다. 현존하는 연구결과들을 분석해 보면 일관성 없는 패턴들이 발견된다. 그럼에도 불구하고 연구에 따르면 간혹 덜 심각한 소년법들도 형사법원에 이송되기도 한다는 것이 명확하다. 주관적 요인들, 예를 들면 상습성, 소년판사에게의 잦은 출현, 반항적인 태도 같은 것들이 판사로 하여금 그들 관할에서부터 이송되도록(단순히 제거하기 위해) 하는 데 영향을 주고 있다. 이것은 가장 심각하고 위험한 소년범에게 더 엄한 처벌을 부과하려는 형사이송의 의도된 목적은 아니다. 어떤 관할에서는 이런 목적이 달성되었다고 보고하기도 하고, 또 다른 관할에서는 많은 수의 재산범과 경미범이 형사이송됨을 보고 하기도 한다. 사법적 재량에 따르는 주관성을 최소화하기 위해 자동형사이송 법률(automatic transfer laws)이 제정되기도 하였는데 이의 집행은 불공정하고 또 이상할 정도로 효과적이기도 하다.

아마도 해답은 혼합적 양형법령의 적용에 있는 듯하다. 이 법령들은 소년범을 형사법원의 성인으로 처리하려는 소년법원의 노력들을 저해하는 장애물들을 극복할 것이다. 청문회가 회피되고 심각한 범죄로 기소된 소년범들에게 전 범위에 걸친 헌법적 권리들이 확대될 것이다.

신용카드 등 전자기록 부정작출의 형사처벌
- 일본의 개정형법을 중심으로 -

정 완(역)*

Ⅰ. 서 언

최근 위조된 신용카드로 억대의 현금을 인출하려던 외국인이 구속되거나[1] 허위의 법인카드를 만들어 수억원을 횡령한 직원이 적발되는 등[2] 신용카드 위·변조 사범이 증가하여 건전한 신용사회의 발전을 크게 저해하고 있다.

국내외에서 신용카드관련 범죄가 증가하는 이유로는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.[3]

첫째, 신용카드의 이용자가 크게 증가하고 있기 때문이다. 최근에는 카드발행 회사의 경쟁에 의하여 신용을 제공받을 조건을 구비하지 못한 사람들까지도 카드회원으로 가입하는 경우가 다발하고 있고, 이에 따라 변제의 의사나 자력이 없는 자가 신용카드를 발행 받아 카드가맹점으로부터 물품을 구입하여 사기죄로 입건되는 일도 흔히 발생하고 있다.

둘째, 카드가맹점이 증가하고 있기 때문이다. 가맹점의 증가에 따라 불량가맹점이 많아져 신용카드회원과 공모. 신용카드업자로부터 금원을 편취

---

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

1) 조선일보 2001.11.19자 "위조카드로 1억인출 외국인 영장" 기사 참조.
2) 조선일보 2001.10.9자 "서울시 7급직원 법인카드로 억대횡령" 기사 참조.
3) 사법연수원, 신종범죄론(1999) 338-339쪽.

하거나 허위매출전표를 만들어 물품을 판매한 것처럼 가장한 후 카드업자로부터 그 대금 상당액을 지급받는 가맹점까지도 생겨나고 있는 실정이다.

셋째, 신용카드업자가 증가하였기 때문이다 이들이 카드회원을 확보하기 위하여 다소 무리한 노력을 기울임에 따라 신용카드회원 자격의 기준이 완화되고 그 심사도 형식에 그치고 심지어는 카드업자간 회원확보를 위한 경쟁까지도 발생하고 있다.

넷째, 신용카드 거래구조의 허점에 기인한다. 신용카드는 사용하기 편리한 만큼 이를 악용한 범죄도 범하기 쉽게 되어 있다. 예를 들어 대금지급의사가 없는 카드회원이 물품을 구입하려 하는 경우에도 가맹점은 신용카드업자로부터 무조건 거래대금을 지급받게 되어 있는바 신용카드 거래구조상 가맹점은 카드회원의 자력이나 대금지급의사에 무관심하기 쉽고. 신용카드업자는 물품거래시 카드회원과 직접 대면하지 않기 때문에 이를 저지할 수 없다. 최근 이러한 허점을 이용한 범죄가 많이 발생하고 있는 것이다.

이러한 이유들과 더불어, 신용카드의 복제가 손쉽고, 그 방법이 매우 다양하다는 점을 들고 싶다. 신용카드 마그네틱 부분을 쉽게 복제할 수 있는 간편한 불법복제기계가 전자상가에서 버젓이 팔린다거나 또는 스키밍 기술이 발달하여 소비자의 신용카드거래시 정당한 카드 사용과정에서 마그네틱 정보가 손쉽게 복제되는 상황이 자주 발생하고 있는 것이다.

그런데 일본에서는 지난 2001년 6월 '신용카드 등 위 · 변조'에 관한 형법규정을 정비하는 내용의 개정법률이 국회를 통과하여 동년 7월 24일부터 시행에 들어갔다.

이 법은 신용카드[4] 기타 대금 또는 요금 지불카드의 보급상황 등에 비추어 그 사회적 신뢰를 확보하기 위하여 대금 또는 요금 지불카드를 구성하는 전자기록 등의 부정작출, 소지 및 전자기록정보의 부정취득행위 등에

4) 우리 법상 신용카드라 함은 "이를 제시함으로써 반복하여 신용카드가맹점에서 물품의 구입 또는 용역의 제공을 받을 수 있는 증표로서 허가받은 신용카드업자가 발행한 것"을 의미한다. 여신전문금융업법 제2조 제3호.

대한 처벌규정을 대폭 정비한 것이다.

우리 나라의 경우 신용카드관련 범죄는 '여신전문금융업법'에서 이를 규정하고 있는데,[5] 동법 제70조에 의하면 신용카드의 위조와 변조, 위조 또는 변조된 카드의 판매 또는 사용 그리고 분실 또는 도난된 신용카드와 직불카드의 판매 또는 사용에 대하여 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하고 있다.

이에 비하여 일본의 개정형법은 신용카드뿐 아니라 직불카드와 선불카드에 대하여도 동일하게 처벌하고 있고 신용카드의 위조 또는 변조행위뿐 아니라 그 소지행위에 대하여도 처벌범위에 포함시키고 나아가 위조 또는 변조행위의 준비행위까지도 처벌대상에 포함시키는 등 신용카드범죄의 실질적 규제가 가능하도록 형법을 개정하여 시행하고 있는 것이다.

이러한 일본의 개정형법은 추후 우리 신용카드범죄관련 형사법 개정에 좋은 참고자료가 될 것으로 판단하여 관련자료를 입수하여 이하에서 그 내용을 상세히 소개하고자 한다.[6]

우리 법제가 일본의 법제와 어떻게 다른지 차이점을 알 수 있는 기회로 생각되며 이 자료가 추후 관련 분야의 입법을 준비하거나 또는 논문을 작성하고자 하는 분들에게 기초자료로 제공되기를 기대한다.

---

5) 신용카드에 대하여는 원래 신용카드업법이 이를 규정하고 있었으나 신용카드업 이외에 시설대여업, 할부금융업, 신기술사업금융업에 관한 규정을 통합하여 1997년 8월 28일 여신전문금융업법이 제정되어 1998년 1월 1일부터 시행됨으로써 현재는 여신전문금융업법이 신용카드에 관하여 규정하고 있다. 여신전문금융업법의 제정취지는 신용카드업, 시설대여업, 할부금융업, 신기술사업금융업 등은 수신기능이 없이 여신업무만을 취급하는 유사한 성격의 금융업임에도 각각 개별 근거법에 의하여 별도 회사를 설립하여야만 영위할 수 있도록 되어 있으므로 단일법을 제정하여 이러한 유사한 금융업을 종합적으로 영위할 수 있도록 하고 아울러 위 영업에 대한 진입 및 영업에 관한 규제도 대폭 완화하여 자유롭게 영업할 수 있도록 함으로써 국민의 다양한 금융수요를 효과적으로 충족시키는 한편, 이러한 금융업의 경쟁력을 높이려 함에 있다.

6) 이하의 내용은 長瀨敬昭, "刑法の一部を改正する法律について"(警察學論集 第54卷 第9號)를 번역·정리한 것임.

Ⅱ. 일본형법의 개정경위

1. 배 경

신용카드, 직불카드, 선불카드 등 전자기록을 필수 구성요소로 하는 지불카드는 정보처리시스템의 정비 · 온라인화와 함께 우리 사회에 급속히 보급되어, 오늘날 국민의 소비생활에 있어서의 현금대용 지불수단으로서 통화·유가증권에 준하는 사회적 기능을 갖게 되었다.

그러나 최근 전자기기를 사용하여 카드의 전자기록정보를 몰래 취득하여(스키밍, skimming), 그 정보를 사용하여 정교한 복제품을 만들고, 그 부정카드를 사용하여 상품을 구입하거나 환금하는 등의 신용카드 위조 등 범죄가 국제적 규모로 또 조직적으로 행해져 그 피해가 급증하고 있다. 또한 선불카드의 위·변조 사안도, 전화카드뿐 아니라 고속도로카드 등 각종 카드에 확산되고 있어, 이들 지불카드에 대한 사회적 신뢰의 확보가 급선무가 되었다.

그런데 개정전의 형법규정에서는 신용카드와 직불카드는 사문서 공문서 또는 사전자기록 · 공전자기록, 선불카드는 유가증권으로 취급되었고, 지불결제기능이라는 사회적 기능의 공통성에도 불구하고. 적용되는 조항이 카드의 종류에 따라 달라, 법정형과 처벌행위의 유형이 구분되었다. 또 신용카드 등의 지불카드에 대하여는 그 위조(부정작출), 행사(사용)는 처벌되지만, 소지나 위조준비 등의 행위가 범죄로 되어 있지 않았기 때문에, 위·변조카드를 대량으로 소지하고 있는 자가 발견된 경우나 스키밍행위가 확인된 경우에도 행위자의 현행범체포나 관계증거의 압수가 불가능한 등 지불카드에 대한 범죄에의 적절한 대응이 곤란하였다.

또한 주요선진국에서는 카드위조에 관한 처벌규정의 정비가 진행되고

있고, 그 소지 또는 취득을 처벌할 수 없는 것은 일본뿐이었던 데다가, 최근 국제적으로도 각국의 조화가 가미된 범죄화 등 법정비의 요청이 강화되었다.[7)]

이러한 내외의 정세를 근거로 하여 2000년 9월 8일, 일본 법무장관은 '법제심의회'에 대하여 "최근 지불카드위조 등 범죄의 실정에 비추어 이러한 범죄에 대처하기 위하여 조속히 형법을 개정할 필요가 있다고 생각되므로 별지 요강(골자)에 대하여 의견을 듣고자 한다"는 자문 제45호를 발하였다.

2. 법제심의회의 심의

2000년 9월 8일 개최된 법제심의회 제130회 회의에서는 동 자문에 대하여 먼저 형사법위원회에서 심의·검토하도록 결정되었고, 이에 따라 형사법위원회에서는 10월 4일 (제82회 회의) 이후 세 번에 걸쳐 심의를 거듭하여, 11월 22일 개최된 제84회 회의에서 자문첨부의 개정안 요강(골자)을 일부 수정한 후, 형법을 동 요강(골자)과 같이 개정하는 것이 상당하다는 취지를 전원일치로 결정하였다.

형사법위원회에서는 다양한 논의가 행해졌는데, 직불카드의 기능을 갖지 않는 캐쉬카드의 취급에 대하여는 실질적으로 수정이 가해졌다. 즉, 자문첨부안에서는 지불카드에 포함되는 것은 즉시 대체결제용 카드인 직불카드이고, 직불기능이 없는 캐쉬카드는 이에 포함되지 않는다고 하였으나,

---

7) 1999년 7월에 개최된 미일경제인회의에서는 일본정부에 대하여 "카드에 관한 부정사용에 대한 대응에 관하여, 주요 선진국과 조화가 취해진 법정비를 가급적 신속히 실시할 것"이 요청되었다. 또한 G8 아래 설치된 리용그룹(국제조직범죄대책 상급전문가회의)에 있어서의 법집행 섭그룹에서는 지불카드범죄에 대한 협조적인 연구에 대하여 검토가 행해지고 있고, 2000년 5월 교토에서 개최된 동 회의에서 "금지되어야 할 지불카드범죄에 관한 일정한 범죄행위를 특정하여, 가능한 범위에서 일본의 국내법 및 법제도에 있어서의 범죄화의 균일성을 확보…중략)… 하기 위하여, 법제도의 검토를 행할 것" 등을 내용으로 하는 "지불카드범죄에 관한 원칙과 행동계획"이 채택되었다.

발행된 캐쉬카드의 약 9할이 적불카드로 사용할 수 있게 되어 있는바, 직불카드로서의 기능은 기존 캐쉬카드에 첨부된 기능이므로 동 기능의 유무는 카드상의 기록으로는 구별할 수 없는 점, 캐쉬카드도 ATM에 의한 대금입금이 가능한 점 등 지불카드에 준하는 실질을 가지고 있는 점 등을 감안하여, 대부분의 캐쉬카드가 갖는 지불결제기능을 충분히 보호하기 위하여는 직불기능의 유무에 관계없이 캐쉬카드 자체로서 지불카드와 동일하게 취급하는 것이 적절하다고 판단되었다.

이 밖에 본죄의 객체의 범위, 처벌행위유형의 의의, 요건, 법정형 등에 대하여 논의가 행해지고, 요강안의 취지를 명확히 하기 위한 자구수정을 가한 후, 만장일치로 개정안 요강(골자)이 확정되었다.

법제심의회는 12월 18일 개최된 제131회 회의에서 형사법위원회에서의 전문적 관점에서의 조사심의 결과를 근거로 다시 심의하고 위원회결정 대로 만장일치로 결정하여 당일 다음과 같이 법무장관에게 답신하였다.[8)]

8) 법제심에서의 논의의 상세에 대하여는 의사록이 법무성 홈페이지에 공개되어 있으므로 이를 참조하기 바람. http://www.moj.go.jp.

2000년 12월 18일

법무장관 ○○○ 귀하

법제심의회장 ○○○

답 신

자문 제45호에 대하여 다음과 같이 답신한다.

자문에 대하여 형법을 별첨 개정안 요강(골자)과 같이 개정하는 것이 상당하다.

개정안 요강(골자)

一 1. 타인의 재산상 사무처리를 그르칠 목적으로, 그 사무처리에 제공되는 전자기록으로서, 신용카드 기타 지불카드를 구성하는 것을 부정하게 만든 자는 10년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처하며, 그 사무처리에 제공되는 전자기록으로 예금지불용 카드를 구성하는 것을 부정하게 만든 자도 동일하게 처벌함.
2. 1의 목적으로 부정하게 만들어진 1의 전자기록을 타인의 재산상 사무처리에 제공한 자도 1과 동일하게 처벌함.
3. 1의 목적으로 부정하게 만들어진 1의 전자기록을 그 구성부분으로 하는 카드를 타인에게 양도하거나, 혹은 대여하거나, 또는 수입한 자도 1과 동일하게 처벌함.
4. 1의 목적으로 부정하게 만들어진 1의 전자기록을 그 구성부분으로 하는 카드를 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처함.
5. 1에서 3까지의 죄의 미수는 이를 처벌함.

二 1. 一1의 범죄에 제공할 목적으로 一1의 전자기록 정보를 취득한 자는 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처하며, 정을 알고 一1의 범죄에 제공하는 一1의 전자기록 정보를 타인에게 제공한 자도 동일하게 처벌함.
2. 一1의 범죄에 제공할 목적으로 부정하게 취득된 一1의 전자기록 정보를 보관한 자도 二1과 동일하게 처벌함.
3. 一1의 범죄에 제공할 목적으로 기계 또는 원료를 준비한 자도 二1과 동일하게 처벌함.
4. 二1의 죄의 미수는 이를 처벌함.

三 一 및 二의 죄를 형법 제2조 각호에 추가함.

3. 국회에서의 심의

법무성에서는 법제심의회의 답신에 기초하여 입안작업을 진행하여, 관계

각 부처와의 조정 등 필요한 절차를 거친 후, 형법의 일부를 개정하는 법률안을 확정하였고, 동 법률안은 2001년 3월 2일 각의결정을 거쳐 제151회 정기 국회에 제출되었다.

동 법률안의 개요 등에 대하여는 국회심의에서의 제안이유 설명과 내용이 같으므로 이를 아래에 기술한다.

형법의 일부를 개정하는 법률안 제안이유 설명형법의 일부를 개정하는 법률안에 대하여 그 취지를 설명하겠습니다.

신용카드, 선불카드 등 컴퓨터처리를 위한 전자기록을 필수 구성요소로 하는 지불카드는 널리 국민 사이에 보급되어 오늘날에는 통화, 유가증권에 준하는 사회적 기능을 갖기에 이르렀지만, 최근 이들 지불카드의 전자기록정보를 부정하게 취득하여 카드를 위조하는 등의 범죄가 급증하고 있고, 국제적 규모로 또 조직적으로 감행되는 일도 적지 않은 것이 현상입니다.

그런데 현행법상 이러한 위조카드의 소지와 카드의 전자기록정보의 부정취득 등의 행위가 범죄화되어 있지 않아, 이들 사범에 대하여 적절한 처벌을 행하는 것이 곤란한 상황에 있을 뿐 아니라, 그 실제로 행해지고 있는 사회적 기능의 공통성에도 불구하고 적용되는 조항은 카드의 종류에 따라 구별되어 있으며 그 내용도 유가증권 등에 관한 벌칙과의 균형을 결하고 있는 등 이들 지불카드에 대한 부정행위에 적절히 대응할 수 있는 법정비가 필요해졌습니다.

따라서 이 법률안은 이러한 상황을 근거로 지불카드에 대한 사회적 신뢰를 확보하기 위하여 형법을 개정하여 필요한 벌칙을 정비하려는 것입니다.

이 법률안의 요점을 말씀드리겠습니다.

첫째, 신용카드 등 대금 또는 요금 지불카드를 구성하는 전자기록을 부정하게 작출, 제공, 양도, 대여, 수입하거나 또는 소지하는 행위를 처벌하는 것입니다. 법정형은 부정작출, 제공, 양도, 대여 및 수입에 대하여는 10년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금, 소지에 대하여는 5년 이하의

징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로 되어 있습니다.

또한 예금의 인출용 카드를 구성하는 전자기록에 대하여도 이른바 직불카드의 보급 실정 등에 비추어 지불카드의 경우와 동일하게 취급하도록 하였습니다.

둘째, 지불카드 전자기록의 부정작출에 사용할 목적으로 그 전자기록정보를 취득, 제공, 또는 보관하는 행위 및 기계 또는 원료를 준비하는 행위를 처벌하는 것입니다. 법정형은 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로 되어 있습니다.

셋째, 국외범처벌규정을 두는 것입니다.

기타 필요한 규정을 정비하도록 하였습니다.

이상이 이 법률안의 취지입니다.

아무쪼록 신중히 심의하셔서 신속히 결정하여 주시기를 바랍니다.

이 개정안은 참의원 발의로 5월 29일 법무위원회에서 심의되어 다음날 본회의에서 가결된 후. 중의원에 송부되었다 중의원에서는 6월 22일 법무위원회에서 심의되어 동월 26일 본회의에서 가결되어 정식으로 본 법률이 성립되었다. 양원 본회의 및 법무위원회에서는 모두 만장일치로 가결되었다.

Ⅲ. 축조설명

1. 전반적인 사항에 대하여

가. 보호법익 등

이번에 신설된 형법 제18장의2 '지불카드 전자기록에 관한 죄'에 규정된 각죄는 지불카드를 구성하는 전자기록의 진정성, 나아가 이들 지불카드를

사용한 지불시스템에 대한 사회적 신뢰를 보호하기 위한 것이다.[9)]

즉, 본장의 죄는 그 객체의 성질상 사기죄 등 재산범의 예비죄적 성질도 갖지만, 이에 그치지 않고 현재의 사회생활에서의 지불결제수단으로서 중요한 역할을 하고 있는 지불카드에 대한 사회적 신뢰의 확보를 목적으로 하는 죄, 즉 통화위조죄, 유가증권위조죄와 대등한 위조죄로서의 성격을 갖는다.

또한 예금 인출용카드도 대금 또는 요금 지불카드와 나란히 본죄의 객체로 되어 있는데, 이는 거의 모든 캐쉬카드가 직불카드로서 지불결제기능을 갖고 있는 점 등을 근거로, 그 지불카드로서의 기능을 충분히 보호하기 위하여 특히 지불카드와 동일하게 취급하기로 한 것이며, 캐쉬카드의 본래적 기능인 금전 자동입출기능 자체를 보호하려는 것은 아니다.

나. 대상이 되는 카드의 범위

"대금 또는 요금 지불카드"란 상품 구입, 역무 제공 등 거래의 대가를 현금으로 지불하는 것에 대신하여, 소정 지불시스템에 의하여 지불을 위하여 사용되는 카드를 의미한다. 구체적으로는 신용카드, 선불카드 등이 있다. 유료도로요금 자동수수 시스템에서 사용되는 ETC(Electronic Toll Collection)카드나, 카드형 전자화폐도 이에 해당한다.

"예금 인출용 카드"는 우체국 또는 은행 등 금융기관이 발행하는 예금 또는 저금에 관계되는 캐쉬카드를 의미한다. 직불카드에 대하여는 직불기능유무에 관계없이 캐쉬카드로서 취급하게 된 경위에 비추어 볼 때 제163

9) 참고인으로 출석한 법무성 형사국장은 "신용카드 등이 현재 유가증권 혹은 통화에 준하는 지불수단으로서의 사회적 기능을 하고 있으며, 그러한 지불수단으로서의 신용카드 등에 대한 사회적 신용이 보호법익이라고 생각한다", "구체적으로 말하면, 요컨대 신용카드가 진정한 것이라는 점에 대한 신뢰이다"라고 진술하였다. 제151회 국회 참의원 법무위원회 회의록 제8호 2001년 5월 29일 3쪽 참조. 이하 '중의원회의록'으로 인용한다.

조의2 제1항 후단의 예금 인출용카드에 해당된다.

한편, 금전, 물품 등의 거래에 관한 카드이지만 본장의 죄의 대상이 되지 않는 카드로서는 론카드,[10] 생명보험카드[11]와 증권카드[12] 등 예금 이외의 금전거래에 관한 ATM카드, 양판점 포인트카드・항공회사 마일리지 카드[13] 등 고객서비스용 카드가 있다. 물론 이들 카드가 다기능카드화하여 대금 또는 요금 지불카드로서의 기능을 병유하는 것이면 그 한도 내에서 지불카드이며, 동 카드의 지불기능에 관한 전자기록의 부정작출 등이 행해지면 본장의 죄에 해당된다.

또한 전자기록을 구성요소로 하는 지불수단이라도 카드라고 할 수 없는 휴대전화형 단말기 등은 대상이 되지 않는다. 전자상거래에서의 지불결제에 사용되는 전자데이터 등도 카드를 구성하는 것이 아니므로 본장의 죄의 대상에 포함되지 않는다.

다. 전자기록에 착안한 구성으로 함

지불카드에는 전자기록이 필수 구성요소로 편입되어 있고. 이것이 지불카드의 진정성과 지불시스템에 대한 사회적 신뢰의 원천을 구성하고 있다. 그리고 이러한 전자기록을 구성부분으로 하는 카드는 사람을 매개하지 않고 직접 기계에서 사용하는 것이 가능하며, 그러한 사용법은 금후 점차 증

---

10) ATM에 의한 금전차입, 반환을 자동화한 카드를 말한다.

11) 생명보험계약자가 ATM에서 계약대출금 차입, 적립배당금 인출 등을 행할 수 있는 카드를 말한다.

12) 증권종합계좌의 이용자가 ATM에서 입출금을 행할 수 있는 카드를 말한다.

13) 참고인으로 출석한 법무성 형사국장은 “이른바 포인트카드는 상품 등을 구입한 경우에 그에 따라 할인을 장래 약속한 득점을 축적하는, 그러한 성질의 카드이다. 포인트카드로 축적된 포인트는 그 범위내에서 할인을 받는 것이며, 대금 자체가 내려가는 것이다. 따라서 그것을 사용하는 것은 대가의 지불이라고는 할 수 없다. 따라서 본 개정안에서는 지불카드를 대금 또는 예금 지불카드라고 하고 있으므로 포인트카드는 지불카드에 해당하지 않으며 따라서 대상이 되지 않는다”고 전술하였다. 참의원회의록 10쪽 참조.

가할 것으로 예상되지만, 이 경우 진정한 카드의 외관은 필요하지 않으며 지불카드의 형상을 갖는 전자기록이기만 하면 정규 카드로서 통용되는 것이다. 또한 전자기록의 특질상 기계로서는 진정한 것과의 구별이 불가능한 전혀 동일한 복제품이 단시간에 대량으로 만들어질 위험성도 있다.

그래서 카드의 문자 도안 등의 외관에 착안한 것이 아니라 그 전자기록 자체에 착안한 벌칙 구성이 취해진 것이다.

라. 타인의 재산상 사무처리를 그르칠 목적

본장의 죄는 “타인의 재산상 사무처리를 그르칠 목적”이 있을 것이 요건으로 되어 있다. 이 목적은, 부정하게 만들어진 전자기록이 사용됨으로써 타인의 재산상 사무처리를 그르칠 목적을 의미한다. 형법 제161조의2에서의 목적과 비교하면 ‘재산상의’ 라는 요건이 부가되어 있다. 이것은 본 개정에 의한 벌칙정비의 목적이, 지불카드가 유가증권이나 통화에 준하는 기능을 갖고 있음을 감안하여 이들에 준한 보호를 부여하려는 점에 있는 바, 재산상의 사무처리를 그르칠 목격을 갖는 경우에 한하여 처벌 대상으로 하는 것이 상당하므로, 이를 명시한 것이다.

따라서 예컨대 신용카드로 현금을 받는 등 지불결제 이외의 재산적 사무처리에 사용하는 경우는 본장의 죄의 대상이 되지만, 신분증명서 대신 한정하여 신용카드를 사용하는 경우 등 오로지 비재산적 사무처리를 그르칠 목적에 그치는 경우에는 본장의 죄는 성립하지 않는다.[14]

---

14) 참고인으로 출석한 법무성형사국장은 "일반적인 전자기록 부정작출에 대하여는 광범위하게 타인의 사무처리를 그르치는 것으로 되어 있지만, 이번의 경우는 신용카드 혹은 선불카드 등이 가지고 있는 지불기능의보호에 착안한 법정비이며, 따라서 그 사무처리는 자연히 재산상의 채권채무관계의 결제라든가 그러한 사무처리를 그르칠 목적이라는 것을 명확히 하는 것이 적당하다는 점에서 이번은 '재산상의'라는 말을 부기한 것이다. 이는 예컨대 신용카드를 신분증명서 대신 사용하는 경우 이것은 재산상의 사무처리라고 말할 수는 없는 것이며 그러한 예는 드물지만 대상에서 제외되는 것이다. 그러나 어쨌든 신용카드로서의 다양한 지불을 위한 기능을 발휘케 할 목적에서 이 가중유형을

마. 종래의 문서위조죄, 유가증권위조죄와의 적용관계

이번 개정에서는 종래 문서(전자기록) 또는 유가증권으로서의 처벌대상으로 되어 있던 각종 지불카드를 동일한 종류의 객체로 통일적으로 파악하여, 그 전자기록 부분에 착안한 벌칙을 체계적으로 정비하는 한편, 그 외관에 착안한 규정에 대하여는 특별한 법정비를 행하지 않기로 하였다. 이는 지불카드의 전자기록 부분을 제외한 카드의 외관(가시적 작성명의에 대한 신뢰)에 대하여는 기존의 외관에 관한 벌칙의 범위 내의 처리로 족하다는 인식에 기초하며, 지불카드의 외관에 대한 신뢰가 전자기록과는 별개로 보호할 가치가 있는 경우에 그 위·변조의 죄가 성립하는 것까지 부정하려는 것은 아니다.

따라서 예컨대 신용카드의 외관이 위조되고, 아울러 전자기록이 부정하게 작출된 경우에는 사실관계 여하도 문제되지만, 사문서위조죄와 지불카드 전자기록 부정작출죄의 양죄가 성립할 수 있을 것이다. 한편, 선불카드의 전자기록 부분만을 변경한 사안에 관한 소위 일체설(최고재판소 1991.4.5 제3소법정결정·형집45권4호 171쪽 참조)의 견해는 이러한 카드에 대하여는 본 개정법 시행 후에는 사용할 수 없게 된다.

지불카드는 그 전자기록이 불가결한 중요성을 갖고 있는 점, 본 개정법상 법정형의 장기가 공문서 또는 유가증권위조 등의 장기와 동일하게 되어 있는 점 등을 고려하면, 전자기록부분의 변경을 수반하는 통상 선불카드 위 변조 사안에 대하여는 본 개정법에 관한 지불카드 전자기록에 관한 죄에 의하여 처리하는 것으로 족하며, 외관에 관한 죄에 대하여 공소 제기할 사안은 전자기록이 결여된 경우 등 예외적인 경우에 한정하는 운용이 예상된다.

만든 것이다"고 진술하였다. 참의원회의록 8쪽 참조

2. 지불카드 전자기록 부정작출 등(제163조의2)

가. 지불카드 전자기록 부정작출(제1항)

1. 타인의 재산상 사무처리를 그르칠 목적으로, 그 사무처리에 제공하는 전자기록으로 신용카드 기타의 대금 또는 요금 지불카드를 구성하는 것을 부정하게 만든 자는 10년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처한다. 예금 인출용카드를 구성하는 전자기록을 부정하게 만든 자도 동일하게 처벌한다.

2. 부정하게 만들어진 전항의 전자기록을 동항의 목적으로 타인의 재산상 사무처리에 제공한 자도 동항과 동일하게 처벌한다.

3. 부정하게 만들어진 제1항의 전자기록을 그 구성부분으로 하는 카드를 동항의 목적으로 양도, 대여, 또는 수입한 자도 동항과 동일하게 처벌한다.

본항은 현행법 계161조의2 제1항 및 제2항의 전자기록 부정작출죄의 특칙이며, 전단은 대금 또는 요금 지불카드를 구성하는 전자기록을 부정하게 만드는 죄, 후단은 예금 인출용카드를 구성하는 전자기록을 부정하게 만드는 죄이다(이하의 기술에서는 '지불카드'라는 용어를, 대금 또는 요금 지불카드와 예금 인출용카드를 포함하는 것으로 사용한다).

여기서 '카드를 구성하는 전자기록'이란 정규 지불카드의 구성요소로 되어 있는 전자기록, 즉 기존 지불시스템에서의 기계적 사무처리에 제공되어야 할 일정한 정보가, 소정의 카드에 전자적 방식으로 기록되어 있는 것이라는 의미이다. 따라서 일반적으로 "전자기록을 만드는"것은 기록매체상에 전자기록을 존재하게 만드는 것을 의미하지만, "지불카드를 구성하는 전자기록을 만드는"것에 대하여 정규 카드로서 기계처리가 가능한 상태의 전자기록을 만드는 것, 즉 카드판과 일체로 된 상태의 전자기록을 만드는 것을 의미한다.

본항의 죄에 대하여는 미수죄를 처벌한다(제163조의5) 이는 지불카드에 대한 사회적 신뢰라는 법익을 충분히 보호하기 위하여, 지불카드 전자기록 부정작출의 준비에서부터 부정작출에 이르는 일련의 행위를 적절히 처벌할 수 없도록 하는 것이다.

카드정보의 부정취득과 카드의 조달 등 부정작출의 준비죄(제163조의4)의 단계를 넘어, 카드를 구성하는 전자기록을 만들기 시작한 때에 본항의 부정작출죄의 실행의 착수가 인정된다. 통상은 카드판에 형성된 마그네틱 부분에 카드정보를 인자하기 시작한 때에 착수가 인정되며, 정규 카드로서 기계처리가 가능한 정도로 카드형의 물체상에 정보가 인자된 때에 기수로 된다.

법정형은 지불카드가 어음·수표 등 유가증권에 필적하는 사회적 기능을 갖는 점 등을 고려하여, 장기 10년 이하의 징역으로 하고, 한편 이러한 전자기록에는 다종다양한 것이 존재할 수 있고 금액의 다과, 동기, 행위태양 등에 비추어 비교적 경미한 사안도 포함될 수 있는 점 등을 고려하여 100만엔 이하의 벌금형을 선택형으로 두었다.

나. 부정작출 지불카드 전자기록 제공(제2항)

본항은 부정하게 작출된 지불카드를 구성하는 전자기록을 사무처리에 제공하는 죄이며. 현행법 제161조의2 제3항의 부정작출 전자기록 제공죄의 특칙이다.

본항에 대하여는 미수죄를 처벌한다(제163조의5).

'제공한다'란 부정하게 작출된 카드를 구성하는 전자기록을 타인의 재산상 사무처리를 위하여 이에 사용되는 전자계산기에서 사용할 수 있는 상태로 두는 것을 말한다. 예컨대 부정전자기록카드를 ATM 등 기계의 카드 삽입구에 삽입하려고 한 때에 실행의 착수가 인정되고, 카드를 삽입하여

전자기록의 내용이 독해가능해진 시점에서 기수로 된다고 해석된다.

법정형은 제161조의2의 경우와 동일하며. 부정작출죄와 동일하다.

다. 부정전자기록카드 양도·대여, 수입(제3항)

본항의 객체는 부정하게 만들어진 지불카드를 구성하는 전자기록을 구성부분으로 하는 카드(부정전자기록카드)인데, 이는 부정작출에 관한 전자기록이 저장된 '카드'를 양도, 대여, 수입하는 행위를 처벌하는 것인 점에서 부정작출의 객체인 '지불카드를 구성하는 전자기록'을, 그 기록매체와 일체로 되어 있는 카드의 측면에서 표현한 것이다.

여기에 '양도, 대여'란 부정전자기록카드를 타인에게 인도하는 행위이며, 처분권의 부여를 수반하는 것이 '양도', 이를 수반하지 않는 것이 '대여' 이다. 즉, 위조통화와 위조유가증권의 행사 · 교부죄에 상당하는 행위 중, 지불시스템에서 사용되는 기계에 대한 사용을 사용죄로 파악하고, 타인에 대한 인도행위를 양도 또는 대여로 파악하는 것이며, 상대방이 당해 카드의 전자기록이 부정하게 작출된 것임을 아는지의 여부를 불문한다.

본항의 죄에 대하여도 미수를 처벌한다(제163조의5). 따라서 타인에 대한 인도행위 또는 이와 밀접한 준비행위를 개시한 때에 실행의 착수가 있으며, 상대방에게 소지가 이전한 때에 기수로 된다고 해석된다.

법정형은 당해 행위의 성질이, 위조통화나 위조유가증권의 행사 · 교부에 상당하는 것이고, 법익침해의 위험성이 부정작출 또는 제공과 동일한 정도임을 고려하여, 제1항의 부정작출죄, 제2항의 제공죄와 동일한 형으로 되었다.

'수입'은 현행법상 통화위조, 유가증권위조의 경우와 동일하다. 그 착수시기, 기수시기에 대하여도 현행법상의 위조통화 또는 위조유가증권의 수입에 대한 것과 동일하다.

3. 부정전자기록카드 소지(제163조의3)

전조 제1항의 목적으로, 동조 제3항의 카드를 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

본조는 부정작출에 관계된 지불카드를 구성하는 전자기록을 그 구성부분으로 하는 카드(부정전자기록카드)의 소지를 벌하는 것이다.

이제까지 형법상 위조죄에는 위조된 물건의 소지를 벌하는 규정이 없었지만, 전자기록을 그 구성부분으로 하는 지불카드에 대하여는 반복사용이 가능하기 때문에 그 소지에 의한 법익침해의 위험성이 특히 높은 점, 전자기록은 부정하게 만들어진 것이라도 진정한 것과 전혀 동일한 내용의 것일 수 있으므로 사무처리에 제공된 단계에서 부정을 발견하여 범인을 검거하는 것이 극히 곤란한 점 등을 고려하여 특히 그 소지를 처벌하기로 한 것이다.

법정형은 곧바로 사무처리에 제공하는 것이 가능한 점에서 특히 법익침해의 위험성이 높은 행위이지만, 제공죄의 전단계 행위에 그치는 점 등을 고려하여 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로 되었다.

또한 지불카드 전자기록의 부정작출, 제공, 양도 등의 죄수관계인데, 부정작출, 양도·대여, 수입은 이를 제공하여 타인의 사무처리를 그르칠 목적으로 행해지는 범죄유형이고, 기본적으로는 일련의 행위가 서로 수단 또는 결과의 관계에 있으므로 견련범으로 된다고 해석된다. 이들 죄와 소지죄와의 관계도 기본적으로는 동일하며, 견련범이 된다고 해석된다. 그러나 동일한 카드를 소지함과 동시에 이를 복수에 걸쳐 제공한 경우에는 개개의 제공행위 상호의 관계는 병합죄가 되지만, 어떠한 제공행위도 일개의 계속된 소지죄와 견련범의 관계에 있으므로 결국 전체가 일죄로 된다고 해석된다.

4. 지불카드 전자기록 부정작출 준비(제163조의4)

1. 제163조의2 제1항의 범죄행위에 제공할 목적으로 동항의 전자기록 정보를 취득한 자는 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. 정을 알고, 그 정보를 제공한 자도 동일하다.

2. 부정하게 취득된 제163조의2 제1항의 전자기록 정보를, 전항의 목적으로 보관한 자도 동항과 동일하게 처벌한다.

3. 제1항의 목적으로, 기계 또는 원료를 준비한 자도 동항과 동일하게 처벌한다.

가. 죄 질

본조에 정하는 죄는 제163조의2 제1항의 지불카드 전자기록 부정작출죄의 예비적 행위 중, 동죄의 실행에 불가결하고, 중요한 것으로서 카드정보와 기계 원료를 준비하는 행위를 처벌하는 것이다.

나. 지불카드 전자기록정보 취득, 제공, 보관(제1항, 제2항) "지불카드를 구성하는 전자기록정보"란 회원번호, 유효기간 등 개개 정보의 구성요소를 말하는 것이 아니라, 지불카드에 의하여 지불을 행하기 위한 지불결제시스템에 있어서의 정보처리의 대상이 되는 일체의 정보를 말한다.

보통은 지불카드의 마그네틱 부분에 기록되어 있지만, 카드회사 등의 컴퓨터에 그것과 동일한 것이 장치되어 있으면 이것도 본항의 정보에 해당한다.

제1항 및 제2항은 이러한 지불카드를 구성하는 전자기록 정보를, 동 전자기록의 부정작출에 제공할 목적으로 취득, 제공하거나 또는 부정하게 취득된 동 전자기록 정보를 보관하는 행위를 처벌하는 것이다.

즉, 오늘날 특히 문제로 되어 있는 신용카드 위조의 수법이, 타인 카드

의 자기부분의 전자기록을 복사하여 카드정보를 절취하고(스키밍, skimming), 그 정보를 기초로 위조신용카드를 작성하는 것이며, 그 정보취득에서 부정작출에 이르는 과정에 다수의 관계자가 개재하는 일이 적지 않은 실정에 비추어, 스키밍 등 카드위조의 준비행위 단계에서부터 이를 범죄화하지 않으면, 이러한 사안에의 적절한 대응이 곤란해진다. 그래서 지불카드 전자기록 부정작출의 예비적 행위 중, 부정작출 수행에 있어 전형적으로 불가결하고, 특히 중요한 것으로서. 카드정보의 취득, 제공 및 보관을 처벌하기로 한 것이다. '취득'이란 지불카드를 구성하는 전자기록 정보를 카드로부터 복사하는 등에 의하여 자기의 지배하에 옮기는 행위를 말한다. 구체적으로는 가맹점의 CAT(Credit Authorization Terminal: 신용조회단말기)에 칩을 장착하여, 신용조회 시에 독해된 카드정보가 가맹점으로부터 카드회사에 송신됨과 동시에 칩에 축적시키는 등에 의하여 카드정보를 부정하게 취득하는 행위(소위 스키밍, skimming)[15]와, 일정한 매체에 기록된 카드정보를 기록매체 째 수취하는 행위 등이 상정되어 있다.

'제공'이란 카드정보를 사실상 상대방이 이용할 수 있는 상태에 두는 행위를 말한다. 구체적으로는 카드정보가 기록되어 있는 플로피디스크 등의 기록매체를 상대방에게 교부하는 행위, 숫자나 부호로 코드화된 카드정보를 팩시밀리로 송신하는 행위 등이 상정되어 있다.

'보관'이란 유체물의 소지에 상당하는 행위이며, 카드정보를 자기의 실력지배 내에 놓아두는 것을 말한다. 구체적으로는 카드정보를 PC의 하드디스크에 보존하는 행위와, 카드정보가 기록되어 있는 스키밍 장치나 플로피디스크 등의 기록매체를 보유하는 행위 등이 상정되어 있다. 또한 보관죄에 있어서는 "부정하게 취득되었을" 요건이 필요한데, 이는 카드정보에 대하여는 카드발행회사의 담당직원이 직무상 보관하는 경우 등 당해 카드의

15) 또한 최근에는 휴대형 스키밍장치를 이용하여 가맹점에 의한 신용조회의 기회에 한하지 않고 카드정보를 부정하게 취득하는 행위가 증가하고 있음이 지적되고 있다.

지불결제시스템 중에서 정당하게 보관되는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 정보에 대하여는 보관죄의 객체에서 제외하는 것이 적당하기 때문이다.

제1항의 죄는 미수를 처벌한다(제163조의5).

이것은 취득·제공의 실행의 착수 단계에서 전자기록 부정작출의 기수에 이를 위험성이 강하게 인정되는 데다가, 현실의 범죄정세를 전제로 하면, 가맹점의 CAT에 스키밍 장치가 설치된 경우 등 그 회수 전에도 처벌의 필요성이 있는 점 등이 고려되었기 때문이다.

법정형은 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로 되었다.

이는 카드정보의 취득, 제공, 보관죄는 지불카드 전자기록 부정작출의 준비죄이며, 지불카드 전자기록의 부정작출은 물론, 부정전자기록카드의 소지와 비교하여도 법익침해의 위험성의 정도가 낮다고 생각되는 점에서, 소지죄보다 한 단계 낮은 법정형으로 하는 것이 상당하다고 판단된 것이다.

카드정보의 취득, 제공, 보관의 죄수관계는 모두 지불카드 전자기록의 부정작출을 목적으로 하는 부정작출죄의 준비행위 유형이며, 통상 취득과 보관, 취득과 제공, 보관과 제공은 각각 수단 또는 결과의 관계에 있으므로 이러한 사례에 있어서는 견련범의 관계에 선다고 해석된다.

다. 지불카드 전자기록 부정작출 기계원료 준비(제3항)

본항은 지불카드 전자기록 부정작출의 예비적 행위 중, 기계 · 원료의 준비를 벌하는 것이다. '준비'의 의미는 통화위조 등 준비죄(형법 제153조)의 경우와 마찬가지로, 부정작출에 제공할 기계·원료를 매입하고 제작하는 등 이를 이용하여 그 목적을 수행할 수 있는 상태에 두는 것이다.[16]

카드원판이나 인자용기기 등 기계 · 원료의 준비행위에 대하여도 전자기록 부정작출의 수행에 유형적으로 불가결한 중요한 행위이며, 카드정보의

16) 大判明 44年 2月 16日 刑錄 17輯 88쪽 참조.

부정취득 등과 동일한 처벌의 필요성이 있기 때문에 동일한 법정형으로 처벌하게 된 것이다.

또한 스키밍을 위한 기계·장치의 판매 또는 구입은 부정작출 준비죄의 준비에 상당하는 행위이므로 정보의 취득행위가 행해진 단계에서 처벌하면 족하다는 고려에 기초하여, 굳이 그 자체를 독립하여 처벌하지 않기로 한 것이다.[17]

5. 미수죄(제163조의5)

제163조의2 및 전조 제1항의 죄의 미수는 이를 벌한다.

미수죄에 대하여는 각 본조에서 설명한 바와 같다.

6. 국외범 처벌관계

제2조 중 제7호를 제8호로 하고, 제6호의 다음에 다음 1호를 추가한다.

七 제163조의2에서 제163조의5까지 (지불카드 전자기록 부정작출 등, 부정전자기록카드 소지, 지불카드 전자기록 부정작출 준비, 미수죄)의 죄

제18장의2의 각죄는 형법 제2조 제7호에 열거되고 모든 자의 국외범으로 하도록 되었다.

통호위조의 죄, 유가증권위조의 죄가 모든 자의 국외범으로 되어 있는

17) 모 위원의 "위조카드를 작성하기 위한 기계나 원료를 준비하는 행위가 폭넓게 처벌대상으로 되어 있으므로 예컨대 핸디스키머, 이것은 시판도 되어 있는바, 이를 소지하고 있는 것만으로도 처벌대상이 된다는 것인가?"라는 지적에 대하여 한 정부위원은 "지적하신 핸디스키머는 그 만들기 전의 단계의 정보를 절취하기 위한, 스키밍을 위하여 이용되는 것이라고 생각한다. 따라서 이러한 행위는 부정작출 그 자체의 준비행위라기보다는 그 전의 카드정보의 부정취득죄의 준비행위가 된다. 그러한 점에서 소위 준비행위의 다시 준비행위라는 것이므로 그것만으로는 아직 지불시스템의 신용이라는 보호법익을 침해할 위험은 낮다는 점에서 지적하신 행위에 대하여는 이는 준비죄에는 해당하지 않는다고 생각한다."고 답하고 있다. 제151회 국회 중의원 법무위원회 회의록 제21호 2001년 6월 22일 6쪽 참조.

것과 동일한 취지이다.

7. 부칙관계

1. 이 법률은 공포일로부터 기산하여 20일을 경과한 날로부터 시행한다.
2. 관세정률법(명치 43년 법률 제54호)의 일부를 다음과 같이 개정한다.

제21조 제1항 제3호중 '모조품' 아래에 "그리고 부정하게 만들어진 대금 혹은 요금 지불용 또는 예금 인출용 카드를 구성하는 전자기록(전자적 방식, 자기적 방식 기타 타인의 지각에 의하여는 인식할 수 없는 방식으로 만들어지는 기록이며, 전자계산기에 의한 정보처리에 제공되는 것을 말한다)을 그 구성부분으로 하는 카드"를 추가한다.

3. 조직적 범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 법률 (1999년 법률 제136호)의 일부를 다음과 같이 개정한다.

별표 제2호중 レ를 ソ로 하고, 夕를 レ로 하며, ヨ를 夕로 하고, 力를 ヨ로 하며, ワ를 力로 하고, ヲ를 ワ로 하고, ル를 ヲ로 하고, ヌ를 ル로 하고, リ를 ヌ로 하고, チ를 リ로 하고, ト를 チ로 하고, ヘ를 ト로 하고, ホ의 다음에 다음과 같이 추가한다.

ヘ 형법 제163조의2부터 제163조의5까지 (지불카드 전자기록 부정작출 등, 부정전자기록카드소지 지불카드 전자기록 부정작출 준비, 미수죄)의 죄

가. 시행기일 (제1항)

본 개정안은 최근 급증하고 있는 위조카드범죄에 적절히 대응하기 위하여 긴급히 형법의 일부개정을 행하는 것인 점에서 공포 후 가능한 한 조기에 시행해야 하지만, 한편 지불용카드 전자기록에 관한 벌칙을 신설한 것이므로 개정법을 국민에게 주지하는 기간이 필요하므로 종전의 형법의

일부 개정의 예를 좇아, 법률의 일반원칙에 따라 공포일로부터 기산하여 20일을 경과한 날(2001년 7월 24일)부터 시행하기로 하였다.

나. 수입금제품(제2항)

본항은, 관세정률법 제21조 제1항 제3호를 개정하여, 형법 제163조의2 제3항에 의하여 그 수입이 처벌되기로 된 부정전자기록카드를, 통화위조, 유가증권과 동일하게 관세법상의 수입금제품으로 한 것이다.

다. 조직적 범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 법률의 별표 개정(제3항)

지불용카드 전자기록에 관한 각죄는 그 법정형, 죄질 등에 비추어 조직적 범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 법률의 별표에 정한, 범죄수익 등 은닉죄(머니론더링범죄) 등의 전제범죄에 추가되었다.

Ⅳ. 결 어

이상에서 신용카드 등 지불카드 관련 범죄에 대한 일본형법의 개정내용을 구체적으로 살펴보았다.

서두에서 말한 바와 같이 우리 나라의 신용카드 위·변조 관련 규제법은 신용카드업법을 계승한 여신전문금융업법인데, 동법 제70조 제1항은 1. 신용카드 등을 위조 또는 변조한 자, 2. 위조 또는 변조된 신용카드 등을 판매하거나 사용한 자, 3. 분실 또는 도난된 신용카드 또는 직불카드를 판매하거나 사용한 자 등에 대하여 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌

금에 처한다고 규정하고 있다. 그리고 동조 제5항에서 제70조 제1항 제1호 및 제2호의 미수범은 이를 처벌한다고 규정하고 있다.

일본은 우리와 달리 특별법에서 규정하지 않고 이를 형법의 개정을 통하여 규율하는 법제를 취하고 있으며, 그 규제내용도 우리와 달리 신용카드를 대상으로 한 범죄에 그치지 않고 직불카드, 선불카드, 캐쉬카드 및 카드형 전자화폐 등 대부분의 지불카드를 대상으로 한 범죄를 모두 처벌하고 있으며, 특히 스키밍 행위 등에 의한 카드의 대량복제 후 이를 소지하고 있는 행위도 처벌할 수 있게 함으로써 보다 실질적이고 강력한 규제가 가능하다. 아울러 지불카드 위 · 변조의 준비행위까지도 이를 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.

우리의 여신전문금융업법은 신용카드의 위 · 변조만을 처벌하고 있으므로 예컨대 직불카드나 캐쉬카드 등의 위 · 변조에 대하여는 여신전문금융업법의 적용은 곤란하지만, 카드의 마그네틱부분의 위 · 변조에 대하여는 형법 제232조의2(사전자기록 위작·변작)를 적용하여 처벌이 가능하다.

하지만 보다 실질적이고 강력한 규제를 위하여는 여신전문금융업법에서 신용카드 이외의 기타 지불카드 즉 직불카드나 현금카드 등에 대하여도 그 위·변조를 규제할 수 있도록 대상범위를 확대하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 면에서 본고에서 서술한 일본의 강화된 각종 지불카드 위 · 변조관련 범죄의 규제입법은 추후 우리의 관련 법개정에 좋은 참고가 될 것으로 생각한다.

마지막으로 신용카드범죄의 예방을 위한 재미있는 방법을 소개하기로 한다. 최근 영국에서는 신용카드 범죄를 예방하기 위한 지문 날인이 영국 일부 지역에서 시험적으로 실시되고 있으며, 성공할 경우 전국으로 확대할 예정이라고 한다. 영국의 소비자들은 신용카드나 수표를 이용해 물건을 구입할 경우, 엄지손가락 지문을 신용카드 영수증이나 수표 뒷면에 날인해야 하며, 경찰은 도난 및 위조된 신용카드가 사용된 것으로 확인됐을 때 영수

증에 찍힌 지문을 수사에 이용하게 된다고 한다. 이 때 소비자는 지문날인을 거부할 수 있으며. 가게에서는 현금 등 다른 지불방법을 제안하거나 판매를 거부할 수도 있다. 영국 경찰에 따르면 지문날인된 모든 영수증은 일정기간이 지나면 파기되며 "도난 또는 위조된 신용카드의 사용이 적발된 경우 이외에는 개입하지 않을 것"이라면서, 개인의 사생활이 감시당하는 우려는 없을 것이라고 한다.[18]

18) 작년 영국에서 신용카드 범죄로 발생한 피해액은 3억 파운드(약 5,520억원)로, 2005년이 되면 피해액수가 8억 파운드에 달할 것으로 전문가들은 예상하고 있다. 조선일보 2001.8.6자 "카드범죄 예방, 영수증에 지장 찍기" 기사 참조.